

Le Contrôle Hiérarchique de l'Administration

dans la Forme Juridictionnelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
Présentée et soutenue le 11 décembre 1937, à 14 heures

PAR

René LADREIT de LACHARRIÈRE

LICENCIÉ ÈS LETTRES

Président de thèse : M. Achille MESTRE,

<i>Suffragants</i> {	MM. ROLLAND, LAFERRIÈRE.	{ <i>Professeurs.</i>
----------------------	-----------------------------	-----------------------

LIBRAIRIE
DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1937



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Le Contrôle Hiérarchique
de l'Administration
dans la Forme Juridictionnelle**

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

Le Contrôle Hiérarchique de l'Administration dans la Forme Juridictionnelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 11 décembre 1937, à 14 heures

PAR

René LADREIT de LACHARRIÈRE

LICENCIÉ ÈS LETTRES

Président de thèse : M. Achille MESTRE,

<i>Suffragants</i>	{	MM. ROLLAND, LAFERRIÈRE.	}	<i>Professeurs.</i>
--------------------	---	-----------------------------	---	---------------------

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS (V^e)

1937



INTRODUCTION

L'évolution du Conseil d'Etat est généralement décrite comme la transformation progressive et aujourd'hui parfaite d'un organe de direction et de contrôle hiérarchique en un tribunal administratif. L'instrument de l'absolutisme monarchique ne serait plus que le juge de la légalité républicaine. Il donnerait aux réclamations des solutions strictement juridictionnelles, ses attributions administratives ne seraient qu'une survivance et son nom un anachronisme.

On ajoutera que cette évolution est liée à la transformation même de l'Etat. L'administration n'est plus cette grande féodale qui intimidait la souveraineté de la loi. Il n'est plus besoin qu'elle se juge elle-même et que, pour être tolérée, l'autorité du droit sur elle doive se mêler et se perdre dans l'autorité de son chef. Le juge administratif appréciera la légalité des actes de la puissance publique exactement comme le juge civil délimitera les droits des individus. Le contrôle juridictionnel, en effet, ne doit pas être différent s'exerçant sur les particuliers ou sur les agents publics. Le mot de puissance publique ne saurait faire illusion : l'origine et la limite de toute puissance est dans le droit et il n'y a pas de puissance contre lui ; il ne peut y avoir de puissance non plus pour écarter le juge qui applique le droit.

Puisque, d'ailleurs, nous sommes en république, il faut bien que le Conseil d'Etat se limite à un contrôle juridictionnel. Car le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation ; nul corps, nul individu ne peut

exercer d'autorité qui n'en émane expressément. Etant un juge, le Conseil d'Etat emprunte l'autorité de la loi qu'il applique, mais, exercé par lui, le pouvoir hiérarchique serait sans fondement. Si les ministres possèdent l'autorité hiérarchique c'est qu'ils représentent la majorité dans la nation et qu'ils sont responsables devant les Chambres.

On peut s'interroger dès lors sur l'utilité de maintenir une juridiction administrative distincte des tribunaux civils. La juridiction administrative sera justifiée par la complexité particulière du droit administratif et surtout parce qu'en fait la jurisprudence du Conseil d'Etat a donné, sans trop de gêne pour l'administration, de précieuses garanties aux citoyens. Théoriquement, on pouvait balancer, sans doute ; mais en pratique on ne le peut plus : la juridiction administrative a réussi. De plus il y a en France une tradition, un préjugé qui date des démêlés avec les parlements des intendants que la monarchie avait départis dans les provinces, qui fait redouter pour l'administration le contrôle des corps judiciaires. C'est une raison supplémentaire, bien que considérée comme un peu accessoire.

Si l'on admet le principe de la juridiction administrative, on souhaite pourtant y introduire quelques modifications. Il conviendrait de faire disparaître les survivances du passé qui offensent les idées modernes. Pour mettre fin à l'ancienne confusion des fonctions, c'est une Cour suprême de justice administrative, débarrassée de toutes fonctions non-juridictionnelles, qui devrait connaître du contentieux administratif. Un organe distinct conseillerait le gouvernement sur les projets de lois et de décrets. Les juges administratifs devraient jouir en droit de l'inamovibilité qu'ils ont en fait.

* * *

C'est cette conception que nous avons le projet de critiquer. On ne peut méconnaître qu'elle soit simple et claire, qu'elle s'accorde parfaitement avec les principes de notre

droit public et qu'elle offre de grandes facilités aux exposés pédagogiques comme aux constructions doctrinales. C'est un rôle toujours ingrat de combattre une doctrine qui satisfait ainsi l'esprit. Mais, somme toute, les sciences morales ne se donnent pas pour fin de procurer des plaisirs d'ordre esthétique, et c'est peu que leurs solutions n'aient pas l'élégance des résultats simples et absolus si elles expriment, *magis amica*, la vérité.

Nous pensons qu'en examinant sans prévention la jurisprudence du Conseil d'Etat, à la lumière d'une distinction de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel qui n'a rien de révolutionnaire mais qui s'accorde au contraire avec l'opinion commune, on doit aboutir à des conclusions plus nuancées.

Si l'on définit le juge comme disant le droit et bornant là son rôle, on s'apercevra que le Conseil d'Etat n'est pas uniquement un juge. Et si l'on pose en principe que l'administrateur se décide pour des considérations d'opportunité dans les limites de sa compétence légale, et que par conséquent le rôle de l'instruction hiérarchique est de diriger l'administrateur dans la zone où il peut se mouvoir, on est amené à reconnaître que beaucoup de décisions prises par le Conseil d'Etat en formation contentieuse ont le caractère de directions données par un chef à ses subordonnés. Si d'autre part on admet que l'administrateur est dans certains cas exceptionnels obligé de franchir les limites posées par la loi à son action, parce qu'ainsi l'exige la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, on constate que le Conseil d'Etat se comporte encore comme un administrateur supérieur en s'engageant lui aussi sur le terrain de l'illégalité nécessaire.

Pour employer une terminologie un peu imagée, on peut dire que le Conseil d'Etat se présente comme un administrateur en ce que — au lieu de se tenir toujours comme un juge *au droit*, au contrôle de la légalité — il se meut souvent *à l'intérieur du droit*, et que, d'autre part, il lui arrive parfois de suivre l'administrateur *en dehors du droit*.

Malgré l'abondance des développements que justifierait l'importance du sujet, nous nous efforcerons d'être aussi bref que possible. Si tout dire est le secret d'ennuyer, ce n'est pas toujours celui de bien prouver. Dilués, les acides n'attaquent plus si bien les métaux et, trop développées, les démonstrations alourdies lassent l'esprit sans le mieux convaincre.

* * *

Les *Prolégomènes* de cet ouvrage tenteront d'abord de dégager le critérium de la distinction entre l'acte juridictionnel et l'acte administratif. Nous verrons qu'il suffit de s'appuyer sur cette constatation très simple que les administrateurs ont la charge d'agir (dans le sens étroit du mot) pour le compte de l'Etat et que cette action est postérieure à la loi qui la règle. Comme la qualité essentielle de l'action est d'être opportune, la règle légale ne peut que l'enserrer comme une limite et non la prédéterminer comme les prémisses d'un syllogisme amènent sa conclusion. La mission du juge au contraire est de dire la loi qui est la règle permanente de l'action. La décision du juge est directement et complètement inspirée du droit. L'élément de temps n'intervient pas ici ni par conséquent la considération de l'opportunité.

Avant d'aborder le corps de l'ouvrage, on aura encore à discuter une objection préliminaire qui pourrait être tirée de l'institution de la justice déléguée. Il faudra montrer que ni de la loi du 24 mai 1872 ni de ses travaux préparatoires, complétés même par ceux de la loi du 9 août 1848, ne résulte aucun obstacle absolu à la persistance d'un élément de contrôle hiérarchique dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Dans la *Première partie*, sera étudié le Conseil d'Etat à l'intérieur du droit.

Quelques pages seront d'abord consacrées au pouvoir discrétionnaire et à son aménagement, puisqu'il faut limiter cette zone où l'administration est chez elle, cette zone de pouvoir discrétionnaire, à l'intérieur de laquelle, s'il se trouve des règles et des prohibitions, elles ne peuvent être que hiérarchiques ou du moins sanctionnées exclusivement par l'autorité hiérarchique. On sera en même temps amené à remarquer que les aménagements du pouvoir discrétionnaire adoptés spontanément par l'administrateur ou à lui imposés par son supérieur hiérarchique, perdent souvent ce caractère interne et provisoire qui les caractérise, parce qu'ils sont annexés par le droit. De telle sorte qu'on pourra montrer le caractère de la jurisprudence du Conseil d'Etat en étudiant l'origine hiérarchique de certaines règles qu'elle consacre et qui sont aujourd'hui des règles de droit, aussi bien qu'en découvrant dans cette jurisprudence l'existence de prescriptions pleinement hiérarchiques.

La responsabilité de la puissance publique fournit un exemple caractéristique de la première catégorie de règles. La responsabilité du patrimoine administratif en cas de faute de service est sans aucun doute l'application d'une règle de droit. Le point de départ pourtant fut l'irresponsabilité juridique de l'Etat. La responsabilité pour faute s'est introduite comme une pratique gracieuse d'équité. Cette pratique n'aurait pas pu prendre naissance si le Conseil d'Etat s'était tenu à son rôle de juge. Et si l'on considère l'état présent de la jurisprudence en la matière, on retrouve quelques cas où la responsabilité de la puissance publique ne repose sur aucun principe de droit positif : c'est à savoir les cas de responsabilité « pour risque ». Cette responsabilité sans faute n'est prononcée que dans des cas exceptionnels. Si elle avait une règle de droit pour fondement, il faudrait que son application fut infiniment plus étendue qu'elle n'est en effet.

L'origine hiérarchique du recours pour excès de pouvoir est encore plus difficile à nier. Cette voie de droit ne fut

fondée sur rien sinon sur un texte qui donnait au roi, « chef de l'administration générale », la mission de statuer sur les réclamations d'incompétence. L'effet *erga omnes* de la décision à laquelle il aboutit serait inexplicable si l'origine du recours était différente.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, nombreuses sont les solutions auxquelles on doit reconnaître le caractère d'instructions hiérarchiques. On ne peut qu'analyser quelques exemples.

L'activité économique des communes et des départements n'est prohibée en droit par aucun texte et, bien au contraire, deux décrets de 1926 semblent avoir voulu l'autoriser expressément. Quoiqu'aujourd'hui moins défavorable à l'exercice de ce droit, le Conseil d'Etat n'en retient pas moins les communes dans la voie où elles s'engageraient peut-être avec trop d'imprudence. Il examine dans chaque cas concret l'utilité et l'opportunité des interventions.

En matière de permissions de voirie, et bien qu'aux termes de la loi l'autorisation conférée par ces actes soit essentiellement précaire et révocable, le Conseil d'Etat ne permet pas à l'administration de les révoquer pour les mêmes motifs qu'elle les refuse. Et, d'ailleurs, dans ces derniers temps, les préoccupations financières et le souci d'exploiter au mieux le domaine font un peu négliger ces raffinements de morale.

A la question de la possibilité de retirer un acte juridique irrégulier ayant créé une situation individuelle, on conçoit qu'on puisse apporter deux réponses opposées. Ou bien l'on dira que l'acte, quoiqu'irrégulier, a pu créer des droits acquis et intangibles. Ou bien, plutôt, on estimera qu'aucun droit ne peut naître d'un acte illégal. Le Conseil d'Etat n'adopte exactement aucune de ces deux solutions, les seules possibles pourtant en bonne logique : il décide qu'un acte irrégulier peut être retiré par l'autorité dont il émane, mais seulement pendant le délai du recours contentieux ou, si un recours contentieux a été formé, tant que le juge n'a

pas statué. La seule manière d'expliquer cette solution est d'y voir la constatation d'une règle juridique, à savoir qu'un acte irrégulier ne crée aucun droit et peut toujours être retiré, combinée avec une prescription hiérarchique, enfermant, pour l'intérêt de la bonne administration et de la stabilité des situations individuelles, l'usage de ce droit dans un délai assez bref.

Nous arriverons à des conclusions analogues au sujet de la jurisprudence dite de l'imprévision ; au sujet de l'utilisation des pouvoirs de police pour l'exécution des contrats administratifs ; à propos enfin des solutions concernant la violation par une décision administrative de dispositions non réglementaires, telles que les circulaires. Dans toutes ces matières, nous constaterons qu'un grand nombre de solutions adoptées par le Conseil d'Etat ne peuvent être considérées comme l'exercice d'une activité exclusivement juridictionnelle : soit parce qu'elles formulent des règles et des prohibitions dans un domaine où il est certain que la loi a entendu laisser la liberté d'appréciation à l'administration ; soit parce qu'il est impossible d'induire des solutions concrètes aucune règle de droit qui les réunirait en un système cohérent ; soit parce que les règles formulées apparaissent comme provisoires et toujours modifiables pour des raisons de pure opportunité ; soit enfin pour plusieurs de ces raisons réunies. Et lorsque certaines questions auront été résolues à la fois par le Conseil d'Etat et par la Cour de Cassation, nous ne manquerons pas de confronter les décisions du Conseil d'Etat aux solutions strictement juridictionnelles de l'autorité judiciaire. Nous aurons ainsi une preuve indirecte, mais convaincante, de l'exactitude de nos analyses.

Pour justifier ces errements du Conseil d'Etat, il y a, il est vrai, une formule commode. On a posé en principe qu'il n'était qu'un juge, mais, contredit par les faits, on consent parfois qu'il soit un juge *prétorien*. Cet adjectif miraculeux sauverait le substantif menacé. Mais seule l'apparence est sauve. Car précisément le préteur n'était pas qu'un juge.

Ce qui caractérise ce magistrat romain, c'est qu'il était en même temps, ou plutôt successivement, législateur et juge. Législateur lorsqu'il disait *actionem dabo*, il était juge lorsqu'il délivrait la formule. Exercées par le même homme, les deux fonctions ne se mêlaient pas autrement. Comme il est impossible de soutenir que le Conseil d'Etat possède le pouvoir législatif c'est bien la qualité de supérieur hiérarchique qu'on lui reconnaît en ajoutant au mot juge le qualificatif de prétorien.

La *Deuxième partie* de l'ouvrage traitera du *Conseil d'Etat en dehors du droit*. Les incursions dans ce domaine sont évidemment beaucoup plus rares que ses interventions à l'intérieur du droit. Elles ne sont pas moins caractéristiques.

Le Conseil d'Etat n'annule pas sans exceptions tous les actes dont l'illégalité est constante. Il admet que des motifs très pressants de sécurité nationale peuvent imposer des décisions illégales, que par exemple le gouvernement peut en cas de guerre prendre à l'égard d'officiers supérieurs les sanctions qui s'imposent, sans observer les formalités légales instituées pour l'intérêt de ces fonctionnaires. Entre l'administration et les individus qu'elle lèse dans ces circonstances, le Conseil d'Etat n'est plus le juge, ce tiers indifférent, selon le mot de Pascal, qui se contente de dégager la solution juridique du problème posé. Il prend fait et cause pour l'administration, *il est l'administration*, et il continue à diriger les agents publics sur le terrain de l'illégalité. Seulement, placé un peu à l'écart et au-dessus de la mêlée, il a plus de lumières pour freiner au besoin l'action des agents publics, plus de perspective pour apprécier la gravité réelle des événements et de modération pour doser les sacrifices que devront subir les droits individuels.

Pour défendre sur ce point la doctrine que nous critiquons, et pour présenter ces décisions du Conseil d'Etat comme découlant de la mission exclusivement juridictionnelle qu'on lui attribue, on peut être tenté d'assouplir la règle de

droit jusqu'à l'accorder avec les faits. Le procédé n'est pas très différent qui permet de manger un chapon en carême parce qu'on le baptise carpe. Si la démonstration directe de l'illégalité était insuffisante, la jurisprudence de la Cour de Cassation fournirait ici encore une contre-épreuve concluante en montrant la position que prend, dans les mêmes problèmes, un juge qui se borne à être juge.

Une *Troisième partie* sera consacrée à l'*appréciation du contrôle hiérarchique exercé par le Conseil d'Etat*. La valeur du système décrit tient à ce qu'il permet un contrôle de l'administration à la fois plus complet et plus souple.

Les citoyens auraient assez peu de garanties à l'égard de l'administration s'ils ne pouvaient jamais invoquer que la protection de la loi. La nature des choses s'oppose à ce que l'administration soit bridée par un trop grand nombre de prescriptions légales. Sous peine de paralyser l'action administrative, il y a une zone où la loi, règle rigide et permanente, ne peut pénétrer. Rien en fait ne remplacerait, pour les administrés, le contrôle d'un corps qui, avec toute l'impartialité et toutes les garanties de procédure qu'offre un tribunal, est aussi parfois le supérieur hiérarchique condamnant, au nom des règles de la moralité professionnelle et de la bonne administration, des actes qui ne sauraient être critiqués du point de vue de la légalité.

Et, par contre, lorsque la gravité des circonstances impose quelques sacrifices aux droits individuels, le blâme du juge, s'il n'est pas purement théorique, sera funeste à l'administration, c'est-à-dire au pays. C'est en tant que supérieur hiérarchique que le Conseil d'Etat pourra adopter la seule attitude utile : vérifier si des raisons vraiment très fortes de sécurité nationale excusaient l'illégalité commise et estimer dans quelle mesure il était nécessaire de froisser les droits individuels.

Devant ses avantages pratiques certains, les objections que l'on peut faire à ce système sont de peu de poids. Les

principes démocratiques de notre constitution, que l'on pourrait invoquer, ne s'y opposent pas absolument. En tous cas, même du point de vue théorique, la conception que nous défendons a au moins un avantage : fortifier la défense théorique de la justice administrative, étant donné que la nécessité de juges spécialisés est un argument un peu faible. Elle répond aussi à cette vieille et vivace idée, à cet éternel souci des publicistes français, de ne pas mettre la couronne et l'administration au greffe. Appeler le greffe secrétariat du contentieux n'atténue pas la servitude : en réalité c'est de tout contrôle purement et simplement juridictionnel que l'administration est — à juste titre — impatiente.

* * *

Il importe de faire une dernière remarque. A la doctrine critiquée, on ne peut reprocher d'erreur fondamentale mais seulement une affirmation trop absolue et l'extrapolation abusive d'une évolution incontestable. Nous sommes porté à croire que cet élément hiérarchique qui se mêle au contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'Etat fait l'originalité, l'intérêt et la supériorité de la justice administrative française. Mais il ne faut exagérer dans aucun sens et il est certain que l'élément juridictionnel est néanmoins prépondérant, qu'il est, si l'on peut dire, *quantitativement* plus important, et de beaucoup.

Complexes, vivantes, façonnées par les besoins de la pratique plus que par les théories doctrinales, accomplissant souvent sous l'apparence que le passé leur a laissé une mission toute nouvelle, restant parfois au contraire fidèles à l'idée originelle et centrale qui les inspire malgré les modifications superficielles que le temps fait à leurs structures, les institutions juridiques sont nombreuses dont la description demande un dosage délicat entre des principes opposés comme l'appréciation d'infinies nuances dans les jugements.

Autant nous sommes persuadé qu'il faut faire sa place à l'idée du contrôle hiérarchique, autant nous pensons que cette idée doit être appliquée avec modération. Renan l'a dit dans son bel article sur Lamennais : lorsqu'on se précipite sur la vérité avec la lourde impétuosité d'un sanglier, la vérité, fugace et légère, se détourne et, faute de souplesse, on la manque toujours.

Prolégomènes

LA DISTINCTION DE L'ACTE JURIDICTIONNEL ET DE L'ACTE ADMINISTRATIF AU POINT DE VUE MATÉRIEL¹

Exposé et critique des principales théories : I. Théories qui nient l'existence d'une différence matérielle entre la fonction administrative et la fonction juridictionnelle : A) Théorie de M. Carré de Malberg ; B) Théorie de l'école normativiste. — II. Théories trouvant dans l'élément de contestation le critérium matériel de l'acte juridictionnel : plus spécialement exposé de la théorie de M. Bonnard. — III. Théories faisant du but poursuivi par l'agent le critérium de la distinction. — IV. Théorie de M. Jèze. — V. Théorie de Duguit. — VI. Théorie de M. Guillien et du Professeur Jérusalem.

Solution proposée.

Notre étude suppose préalablement établie la distinction de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel. Pour montrer que le Conseil d'Etat sous l'apparence d'un juge est souvent un chef, il faut bien évidemment que la fonction du juge et la fonction du chef (ou de l'administrateur) soient intrinsèquement différentes, et que la nature de cette différence soit précisée. Or tous les juristes n'admettent pas que l'on puisse distinguer ces fonctions autrement que par leur organisation et l'emploi de formes spéciales à chacune d'elles ; et ceux-mêmes qui en reconnaissent la possibilité ne s'accordent pas sur la nature du critérium.

1. Il n'est plus besoin de signaler la clarté et la commodité de cette terminologie, d'origine allemande, qui oppose au point de vue matériel (ou de la nature intrinsèque de l'acte) le point de vue formel (c'est-à-dire de la forme en laquelle l'acte est accompli) et le point de vue organique (considération de l'agent dont l'acte émane). Elle est aujourd'hui adoptée par la quasi-unanimité des auteurs.

Nous allons donc examiner rapidement les principales théories émises à ce sujet, chemin faisant les discuter, et essayer de trouver une formule qui nous fournisse un bon instrument de travail pour notre examen de la jurisprudence administrative.

I

THÉORIES QUI NIENT L'EXISTENCE D'UNE DIFFÉRENCE MATÉRIELLE ENTRE LA FONCTION ADMINISTRATIVE ET LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

A. *Théorie de M. Carré de Malberg.*

La séparation des fonctions administratives et judiciaires trouve, selon M. Carré de Malberg, sa raison d'être dans la nécessité de donner aux juges une indépendance aussi complète que possible, en même temps que de soumettre leurs actes à des formes spéciales de procédure¹. Sans cette double garantie, en effet, les justiciables ne seraient pas efficacement protégés. Mais sous ces différences organiques et formelles ne se cache aucune différence matérielle : fonction administrative et fonction juridictionnelle, cela ne fait qu'une seule fonction, à savoir la fonction d'exécution des lois². Dans ces conditions, il n'est pas surprenant pour l'auteur que tous les efforts faits pour leur trouver un contenu différent aient paru échouer.

En somme on pourrait donner une idée exacte de la théorie de M. Carré de Malberg par les deux propositions

1. *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 667 et 668 ; *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, p. 44-45. Voir aussi *Encyclopédie française*, tome X, fasc. 30, p. 8.

2. *Eod. loc.*, t. I, p. 765. On trouve la même opinion dans Ducrocq (*Cours de droit administratif*, t. I, n° 34, p. 327) : « L'esprit ne peut concevoir que deux puissances : celle qui crée la loi, et celle qui la fait exécuter ; de sorte qu'il n'y a pas de place pour une troisième puissance à côté des deux premières ». — Adde Berthélemy (*Traité élémentaire de droit administratif*, 2^e édit., p. 12).

«i-après : a) il n'y a pas de différence matérielle entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative, puisque toutes deux tendent à l'exécution de la loi ; b) et la preuve que cette conception est juste c'est que nul de ceux qui ont cherché à établir cette différence n'y a réussi.

Aucune de ces deux raisons n'est satisfaisante. Admettons que la fonction juridictionnelle et la fonction administrative s'opposent également, au même titre de fonction d'exécution de la loi, à la fonction législative, ou de création de la loi. Est-ce à dire qu'elles ne peuvent s'opposer entre elles ? Nullement. Peu nous importe qu'elles appartiennent au même genre. On n'a pas démontré pour cela qu'elles ne peuvent avoir aucune différence d'espèce. Rien n'empêche qu'il y ait deux activités complètement différentes, sauf que l'une et l'autre tendent à l'exécution de la loi.

Et la contre-épreuve n'emporte pas plus la conviction que l'argumentation principale. Il est trop certain que le problème est difficile. Mais l'effort doctrinal qu'il a suscité n'a pas été vain. Nous le verrons en poursuivant l'examen des doctrines, des éléments de solution incontestables ont déjà été dégagés. En outre, comme M. Carré de Malberg n'apporte pas la preuve positive d'une doctrine assez paradoxale, les juristes, malgré qu'il en ait, ne se décourageront pas de chercher une solution plus parfaite. Rien n'autorise à dire que leurs efforts n'aboutiront pas.

Au surplus, si l'on nie l'existence d'une différence matérielle, on ne se trouve pas non plus dans cette position à l'abri de toute difficulté. Pourquoi en effet, des organisations si différentes pour deux fonctions au fond identiques ? Il semble bien difficile d'admettre que les différences organiques et formelles ne cachent pas des différences plus profondes qui les justifieraient¹.

1. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration* p. 10 : « ... si la fonction juridictionnelle est séparée des deux autres au point de vue organique et formel, c'est parce qu'elle est distincte au point de vue matériel. Il est certain en effet que pour des fonctions, toute séparation organique et formelle postule une distinction matérielle ». — V. du même auteur, *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle. Mélanges Carré de Malberg*.

B. *Théorie de l'école normativiste*¹.

Pour cette doctrine, nouvelle et séduisante, le monde du droit n'est qu'un ensemble de règles, qui ne sont pas toutes également générales et abstraites, mais vont au contraire de la norme la plus générale et la plus abstraite jusqu'à la norme individuelle la plus concrète. Toutes pourtant ont ceci de commun qu'elles ont la même substance : un devoir être (*sollen*).

Ces normes entretiennent entre elles des rapports de hiérarchie, car elles sont engendrées les unes par les autres. La norme abstraite, en effet, n'est pas en contact direct avec le réel. Pour qu'elle s'exécute, il faut bien qu'elle soit rendue concrète par d'autres normes qui, pour partie auront le même contenu que la première, pour partie contiendront un élément nouveau à raison de l'indétermination relative en laquelle elles étaient laissées par la norme génératrice. C'est la valeur juridique de la norme abstraite qui fera la valeur juridique des normes plus concrètes qui la préciseront.

Voici par exemple une loi *stricto sensu*, c'est-à-dire une règle de droit émanant du Parlement, qui constitue une norme relativement générale et abstraite. A cause même de cette généralité et de cette abstraction on ne voit pas bien dans un cas particulier ce qu'impose la loi, ni comment elle s'exécutera. En conséquence il sera, par exemple, édicté un règlement, norme plus concrète qui permettra l'exécution de la loi. Il est évident que ce règlement est déterminé par la loi et que sa force obligatoire résulte uniquement de ce qu'il est l'application de la loi. Mais la même raison qui

1. Adolf Merkl, *Allgemeine Verwaltungsrecht*; Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* et *Aperçu de la théorie générale de l'Etat*; Bonnard, *La théorie de la formation du droit par degrés* dans l'œuvre d'Adolf Merkl (*Revue du droit public*, 1928, p. 658); Maury, *Observations sur les idées du Professeur H. Kelsen* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 537); Carré de Malberg, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*.

faisait que la loi ne pouvait s'exécuter directement, à savoir son caractère d'abstraction et de généralité, fait aussi qu'il y a une certaine indétermination des normes plus concrètes qui serviront à en assurer l'application.

A chaque étage donc de l'ordonnancement juridique intervient une fonction d'exécution du droit (puisque la concrétion des normes de l'étage supérieur n'a pas d'autre but que d'en rendre possible l'application) qui est en même temps une fonction de création de droit (car la concrétion d'une norme lui ajoute des précisions et des détails qui n'étaient pas, même implicitement, contenus en elle). Il s'ensuit que rien n'est plus arbitraire que la division des fonctions de l'Etat en fonctions de création et fonctions d'application du droit. Toutes les fonctions étatiques jouent à la fois ces deux rôles.

S'il s'agit dans cette doctrine d'étudier spécialement une des activités de l'Etat, ce n'est pas par sa nature intrinsèque, qui sera toujours la création d'une norme plus concrète à partir d'une norme plus abstraite, c'est par son degré dans l'ordonnancement juridique qu'on la caractérisera. Or la fonction administrative et la fonction juridictionnelle se trouvent placées au même étage de l'édifice du droit : toutes deux tendent à l'application de la loi *stricto sensu*, c'est-à-dire des normes élaborées par l'organe législatif de l'Etat. La hiérarchie des fonctions de l'Etat est en somme la suivante : d'abord la fonction constitutionnelle ; puis la fonction législative ; enfin à un étage inférieur et sur le même plan, toutes deux subordonnées à la fonction législative, les fonctions administratives et juridictionnelles.

Ainsi conduite à nier toute différence matérielle entre les fonctions d'administration et de juridiction, où la théorie normativiste allait-elle trouver le critérium de leur distinction ?

Pour le professeur Merkl ce qui caractérise la fonction administrative c'est la subordination les uns aux autres des divers organes qui exercent cette fonction. Les organes de la

fonction juridictionnelle, au contraire, ne sont pas hiérarchisés, en ce sens qu'ils n'ont pas d'ordres à exécuter dans l'exercice de leur mission. L'organisation des tribunaux ignore le pouvoir d'instruction qui permet aux chefs de l'administration de dessaisir leurs subordonnés des pouvoirs de décision que la loi leur a conférés ¹.

* * *

Sur le point qui nous occupe, la théorie normativiste aboutit en somme à une opinion très voisine de celle de M. Carré de Malberg. Lorsque ce dernier auteur pose l'identité matérielle de l'acte juridictionnel et de l'acte administratif en ce qu'ils sont l'un et l'autre des actes d'exécution de la loi, la théorie normativiste soutient qu'ils sont l'un et l'autre des actes de création de normes à partir de la loi. Lorsque M. Carré de Malberg trouve le fondement de leur distinction dans leurs différences de forme procédurale et dans l'organisation particulière des agents qui les font, MM. Merkl et Kelsen précisent que l'organisation administrative implique la hiérarchie tandis que l'organisation juridictionnelle y répugne. Les objections faites à la première doctrine pourraient être reproduites dans une certaine mesure à l'encontre de la seconde. Il faut pourtant en faire une critique particulière.

Etudiant le critérium proposé par l'école normativiste M. Bonnard ² remarque qu'il constitue sans doute une généralisation imprudente d'une constatation vraie surtout pour le droit administratif autrichien. Chez nous, ajoute le savant professeur, on n'admet pas l'existence d'un pareil pouvoir d'instruction qui permettrait de dessaisir l'autorité subordonnée de ses pouvoirs légaux. Il faut un texte spécial pour que ce dessaisissement puisse s'opérer.

1. *Loc. cit.*, p. 36-37 ; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 238.

2. Dans l'étude précitée sur l'œuvre d'Adolf Merkl.

Il est incontestable que d'une part la fonction administrative prend naturellement la forme d'une organisation hiérarchique, et que d'autre part la hiérarchie implique normalement, et sauf dispositions contraires de la loi, le pouvoir pour le supérieur de soumettre ses subordonnés à des instructions impératives destinées à régler l'usage de leurs attributions légales¹. L'objection de M. Bonnard reste pertinente cependant en ce que la présence ou l'absence d'une organisation hiérarchique ne peut être un bon critérium de la fonction administrative, puisque beaucoup d'agents administratifs échappent, de nos jours en France, au pouvoir d'instruction tel qu'il est défini par le professeur Merkl. Sur les administrations décentralisées l'autorité supérieure n'a qu'une tutelle et ne dispose que des pouvoirs qui lui ont été expressément attribués par la loi : le principe est ici renversé.

De plus, en pratique (c'est encore une remarque formulée par M. Bonnard), le supérieur use plutôt, en France, de son pouvoir d'instruction pour donner des conseils généraux, ou, comme on dit, des directives, que des ordres formels.

Quoi qu'on pense, au surplus, de la valeur de ce critérium organique, la prétendue impossibilité de trouver une différence matérielle entre l'acte juridictionnel et l'acte administratif n'est pas plus démontrée par l'école normativiste que par M. Carré de Malberg.

De deux choses l'une, en effet :

Ou bien la théorie normativiste considère les deux fonctions étudiées comme matériellement identiques uniquement parce qu'elles ont l'une et l'autre pour mission de créer des normes par application de la loi. Dans ce cas on

1. V. Conseil d'Etat, 21 octobre 1932, *Commission locale de Lisle-sur-Tarn, Rec.*, p. 863. En l'absence de texte un organisme administratif doit être considéré comme soumis à la hiérarchie administrative et, par l'exercice de ce pouvoir hiérarchique, l'administration supérieure peut annuler ou réformer les actes de cet organisme, pour illégalité ou pour simple inopportunité. Or le pouvoir d'annuler pour inopportunité entraîne logiquement le pouvoir de réglementer l'usage des attributions légales d'un agent ou d'un organisme.

peut lui faire la même objection qu'à M. Carré de Malberg : il n'est pas démontré qu'il n'y ait qu'une manière de réaliser cette application de la loi. Il n'est pas absurde d'imaginer qu'il y ait deux activités situées sur le même plan juridique, mais foncièrement différentes, créant des normes qui, dans la mesure où la norme plus concrète est prédéterminée par la norme plus abstraite, auraient le même contenu ; dans la mesure au contraire où le créateur de la norme plus concrète est indépendant, seraient différentes. (M. Carré de Malberg, qui a beaucoup de sympathie pour la théorie viennoise, est obligé de reconnaître que les rapports de la loi à la Constitution ne peuvent être assimilés aux rapports qui se constatent entre l'acte administratif ou juridictionnel et la loi. C'est déjà une brèche importante dans l'édifice normativiste. On a moins de scrupule à soutenir que les rapports de l'acte administratif à la loi ne sont pas identiques aux rapports de l'acte juridictionnel à cette même loi. Pour son audacieuse synthèse l'école normativiste a dû identifier des choses foncièrement dissemblables).

Ou bien la théorie normativiste postule que la fonction de création des normes s'exerce toujours de la même façon, quoiqu'elle ne s'exerce pas toujours à partir des mêmes normes. Alors il est clair que l'argumentation repose sur une pétition de principe, la question étant précisément de savoir si, dans un cas particulier, cela est vrai.

Il y a une objection encore plus grave et plus fondamentale à opposer à la théorie normativiste. Cette doctrine ne considère le monde du droit que comme un ensemble de règles. Nous pensons qu'il y a dans ce monisme une erreur profonde. « ... Dans la réalité des choses il nous paraît, dit M. André Hauriou¹, que le droit connaît au moins deux sortes d'éléments irréductibles l'un à l'autre ; les règles juri-

1. André Hauriou, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification* ; *Mélanges Carré de Malberg*, p. 231.

diques et les sujets de droit ». Ne voir dans le sujet de droit qu'un système de normes est une vue de l'esprit, qui sans doute peut se soutenir par des développements ingénieux, mais à laquelle s'oppose, avec le sens commun, l'enseignement de l'histoire où l'on voit le droit s'établir progressivement par une limitation de l'autonomie des sujets de droit.

Il n'y a pas lieu de développer ici cette objection. Tout ce que nous dirons dans la suite de cet ouvrage tendra à montrer qu'il y a des sujets de droit, et que, s'ils sont soumis aux règles de droit, singulièrement à la loi, ces règles « ... ne se présentent pas comme des principes d'action, car l'initiative et l'activité juridique appartiennent aux individus ; ce sont bien plutôt des bornes, des restrictions apportées à la liberté et à l'autonomie des sujets de droit »¹.

II

THÉORIES TROUVANT DANS L'ÉLÉMENT DE CONTESTATION LE CRITERIUM MATÉRIEL DE L'ACTE JURIDICTIONNEL

C'est une idée venant naturellement à l'esprit que de chercher dans le litige à résoudre l'essentiel de la fonction juridictionnelle. L'administration, dira-t-on, prend une décision, comme la décision juridictionnelle faisant application de la règle de droit à un cas concret, mais à la différence de celle-ci, en dehors de toute idée de contestation. Supposons que cette décision ait paru froisser un droit : la question qu'elle a résolue sera examinée à nouveau, cette fois par un juge, et les droits respectifs de l'administration et de l'intéressé seront délimités. Dans les deux cas les éléments de la décision paraîtraient en tous points semblables, si l'on ne voyait dans le second cas que la décision est rendue pour trancher entre les prétentions juridiques opposées.

Parmi les défenseurs de cette conception, qu'on pourrait

1. André Hauriou, *op. cit.*

qualifier de classique, il faut citer, sinon Hauriou¹, Artur², M. Japiot³ et M. Bonnard.

Ainsi, pour M. Japiot « la notion fondamentale du rôle du juge consiste à trancher des litiges ».

M. Bonnard, dans son étude précitée sur la conception matérielle de la fonction juridictionnelle, expose que la doctrine moderne a eu tort de rejeter l'idée de contestation, sous prétexte que notre droit connaissait des décisions juridictionnelles sur prétention unilatérale. « Si on émet une prétention, écrit-il, et si on s'adresse au juge pour la faire triompher, c'est parce que cette prétention se heurte à une certaine opposition et résistance qui fait obstacle à sa réalisation ; c'est enfin parce qu'elle est contestée ». Il n'est pas, d'ailleurs, nécessaire pour qu'il y ait contestation que l'on puisse voir des parties en cause, car ce n'est là qu'une des formes que peut revêtir la contestation juridictionnelle. Et l'auteur est d'autant moins gêné par ce qu'on appelle le contentieux objectif qu'à ses yeux il y a dans cette catégorie d'actes juridictionnels, malgré l'apparence, conflit sur des droits subjectifs⁴.

L'acte juridictionnel n'intervenant que lorsqu'il y a une

1. Peut-on prêter à Maurice Hauriou une théorie de la fonction juridictionnelle alors qu'il n'a jamais étudié que le contentieux ? (*Les éléments du contentieux* dans les *Recueils de l'Académie de législation de Toulouse*). Le mot contentieux à lui seul n'implique-t-il pas l'idée de contestation ? M. Vizioz considère que, sous le mot de contentieux, c'est bien la fonction juridictionnelle dans son ensemble qu'étudiait Hauriou (*Observation sur la procédure civile, Revue générale du droit*, 1929, p. 170). Mais M. Waline se prononce en sens contraire (*Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle, Revue de droit public*, 1928, p. 445-446).

2. *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions* dans la *Revue de droit public*, 1902-1903. Nous verrons qu'Artur peut être considéré comme adhérent aussi à une autre théorie que nous énoncerons ultérieurement. De même M. Japiot peut passer pour un partisan de la doctrine de M. Jèze. Il est évident qu'il y a une bonne part d'arbitraire dans une classification comme celle-ci, et que le souci de la clarté et de la simplification peut porter préjudice à l'exactitude des nuances doctrinales.

3. *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, t. I, p. 55.

4. M. Bonnard a repris à son compte la théorie autrefois soutenue par M. Joseph-Barthélemy dans sa thèse de doctorat : les administrés auraient des droits subjectifs à la bonne administration, au respect des formes et d'une certaine moralité administrative.

contestation et pour la trancher, on est donc en droit de considérer cet élément de contestation comme caractéristique de la fonction juridictionnelle. Le langage révèle lui-même cette idée, puisqu'il confond les mots contentieux (de *contendere*, lutter) et juridiction.

Voici comment s'explique M. Bonnard : « Si on s'en tenait comme phénomènes juridiques aux phénomènes de formation et de réalisation du droit, on ne pourrait guère admettre pour l'Etat à titre de fonctions spécifiquement distinctes que les fonctions législatives et administratives, puisque ces fonctions épuisent tous les phénomènes de formation et de réalisation du droit. La fonction juridictionnelle ne serait pas ainsi une fonction autonome et ayant ses caractéristiques propres. Et il faudrait nécessairement en faire une branche soit de la fonction législative soit de la fonction administrative.

Seulement comme on l'a vu, en plus des phénomènes de formation et de réalisation du droit, il peut se produire un autre phénomène qui est le phénomène contentieux, la situation contentieuse. *C'est à l'existence de ce contentieux que la fonction juridictionnelle doit d'être en réalité une fonction autonome distincte matériellement des autres fonctions de l'Etat.*

En effet la situation contentieuse est un fait anormal qui ne doit pas se maintenir et qu'il faut tendre à faire disparaître. La paix sociale exige qu'elle ne se perpétue pas indéfiniment. Il faut y mettre fin. Or c'est précisément là l'objet de la fonction juridictionnelle »¹.

* * *

Il est assez facile, pour réfuter cette théorie, de montrer que, d'une part, il peut y avoir contestation tranchée par des moyens de droit sans que la décision soit juridictionnelle,

1. *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 19.

d'autre part que toute décision juridictionnelle n'implique pas une contestation.

A l'appui de la première proposition, il suffit de citer : en matière civile le cas où le juge donne à une femme mariée l'autorisation que le mari lui a refusée, d'accomplir certains actes ; en matière administrative le recours hiérarchique contre un acte administratif prétendu illégal.

A l'appui de la seconde, même si on laisse de côté la question controversée de recours pour excès de pouvoir, il reste, en matière administrative, le recours en appréciation de la validité d'un acte administratif se greffant sur une contestation de la compétence d'un tribunal judiciaire. En matière civile, les jugements par défaut. En matière pénale, on a ingénieusement fait remarquer ¹ que lorsque le prévenu ne nie pas l'accusation dont il est l'objet et ne croit pas devoir se défendre, il est impossible de trouver les éléments d'une contestation quelconque, sans qu'on puisse pourtant nier qu'il y ait là un acte juridictionnel. En matière procédurale enfin, le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi est un acte juridictionnel dont le résultat ne porte préjudice à personne puisqu'il n'a que la valeur d'une censure doctrinale pour l'édification des tribunaux inférieurs, et à propos duquel on ne peut non plus parler de contestation ².

Nous ne croyons pourtant pas que cette thèse soit suffisamment réfutée ainsi. Quand bien même toujours en fait la contestation accompagnerait l'acte juridictionnel, et ne se trouverait qu'avec lui, nous refuserions d'y voir l'élément essentiel de cet acte. C'est que la théorie critiquée semble admettre l'identité foncière des deux fonctions ³ et ne voir

1. Lureau, *De l'interprétation des règlements administratifs*, thèse, Bordeaux, 1930.

2. On trouvera dans la thèse précitée de M. Lureau plus d'exemples que nous en donnons, et plus de détails, pour prouver que les notions de contestation et d'acte juridictionnel ne sont pas liées en fait.

3. C'est ce qui ressort des premières lignes du passage plus haut cité où M. Bonnard expose sa thèse.

leur différence que dans un élément surajouté à l'une d'elles, un élément qui n'est pas autre chose que la circonstance dans laquelle celle-ci fonctionne. En d'autres termes, on peut lui reprocher de revenir par un détour non loin de l'erreur de M. Carré de Malberg, de croire à l'existence d'une seule fonction d'exécution de la loi qui, s'exerçant en dehors de toute idée de contestation, s'appellera fonction administrative, sur contestation prendra le nom de fonction juridictionnelle. L'erreur a consisté à prendre pour critérium des fonctions un élément dont on voyait qu'il accompagnait l'une d'elles et pas l'autre, sans voir que, même s'il eût été la condition nécessaire d'exercice de la fonction juridictionnelle, il n'en définissait pas suffisamment la nature profonde.

III

THÉORIES FAISANT DU BUT POURSUIVI PAR L'AGENT LE CRITERIUM DE LA DISTINCTION DES FONCTIONS ADMINISTRATIVE ET JURIDICTIONNELLE

Artur, sans s'y attacher beaucoup, formulait cette opinion que « le juge recherche le droit et le proclame uniquement pour lui assurer protection et réparation ; l'administrateur tranche des questions de droit uniquement parce qu'il y est obligé pour assurer la marche des services publics ». Et il ajoutait : « cela suffit à tout changer »¹.

Les Allemands ont beaucoup insisté sur ce critérium des buts².

Laband³ formule cette théorie d'une manière un peu particulière mais très heureuse. La décision juridictionnelle,

1. Etude précitée sur la *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*.

2. O. Mayer, *Droit allemand*, éd. franç., t. I, p. 7 ; G. Meyer, *Lehrbuch der deutschen Staatsrecht*, 6^e édit., p. 28 et 618-641. — Cf. aussi Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 213 à 225 ; du même auteur *l'Etat moderne*, édit. franç., t. II, p. 217.

3. *Droit public de l'Empire allemand*, éd. franç., t. II, p. 514 ; Solution et formules identiques : Rocco, *La sentenza civile*, p. 9.

selon lui, est une opération purement intellectuelle ; l'acte de l'administrateur au contraire est une manifestation de volonté. Il entend par là que le juge n'a pas d'autre volonté que celle de la loi, sa tâche consiste uniquement à dégager la volonté de la loi : c'est donc bien une tâche purement intellectuelle. L'administrateur est soumis à la loi mais il a une volonté libre et ses actes ont d'autres buts que celui de réaliser le droit.

*
* * *

Bien que l'analyse de Laband n'apparaisse pas entièrement inexacte, il faut reconnaître pourtant que cette doctrine suscite des objections très fortes.

D'abord, il est difficile de définir un acte uniquement par son but : c'est là un élément extérieur et presque extra-juridique. Duguit a souvent insisté sur ce point.

Ensuite, ajoutera-t-on, n'est-il pas inexact, voire dangereux, de dire que l'administrateur a d'autres buts que celui de réaliser le droit ? Et quels autres buts ? La marche des services publics ? Mais ces services publics ne sont eux-mêmes que des moyens d'exécution du droit, ne doivent pas être autre chose.

L'administrateur a une volonté libre, dit Laband. C'est vrai, objectera-t-on, libre dans les limites de la loi ; mais, dans les mêmes limites, le juge aussi a une volonté libre. Où est la différence ? La doctrine allemande ne le montre pas clairement.

IV

THÉORIE DE M. JÈZE

L'acte juridictionnel est défini par M. Jèze : une constatation ayant force de vérité légale ¹. L'administrateur fait

1. *Principes généraux du droit administratif*, t. I, p. 32 et suiv. — Plusieurs auteurs pensent que le critérium donné par M. Jèze ne constitue pas un

des constatations semblables à celles du juge, mais elles n'ont aucune force de vérité particulière : c'est toute la différence.

La force de vérité légale, et par suite la nature juridictionnelle, est attachée par le législateur à certains actes, discrétionnairement : « Il dépend donc du législateur que telle constatation soit ou non un acte juridictionnel ».

Cette théorie a l'avantage d'une parfaite clarté. On peut lui faire cependant de graves objections.

On pourrait utiliser contre elle les travaux de l'école normativiste, qui s'est efforcée de montrer que le problème de l'autorité juridique, ou force de droit (*Rechtskraft*) se pose dans les mêmes termes pour toutes les fonctions de l'Etat, pour toute norme juridique¹. Cette autorité juridique présente un point de vue matériel et un point de vue formel. L'autorité matérielle consiste en ce que la norme de droit s'impose comme devant être exécutée. L'autorité formelle consiste en ce que toute norme, ayant les éléments de la perpétuité et aspirant à la perpétuité, ne peut être remplacée par une autre norme. L'adage *Lex posterior derogat priori*, le principe que l'administration peut revenir sur la décision prise, sont des règles qui ne tiennent aucunement à la nature de certaines normes, mais qui auraient seulement leur source dans des dispositions du droit positif. Ce qu'on

critérium matériel, ou du moins purement matériel. « Définir, dit M. Bonnard, l'acte juridictionnel par la force de vérité légale, c'est dire que ne sont actes juridictionnels que les actes qui ont ce caractère à la fois au point de vue matériel, organique et formel ». Sous cette forme, ce n'est pas exact. M. Jèze dit très nettement qu'il ne faut pas s'attacher à la considération de l'agent qui accomplit l'acte, que les formes désirables pour l'acte juridictionnel au point de vue politique, n'ont rien d'essentiel et même rien de particulier à cet acte. Mais il est vrai, sans doute, que la force de vérité légale n'est pas exactement une qualité matérielle de l'acte, tenant à sa nature intrinsèque. Bien loin d'entrer dans les trois catégories à la fois, elle apparaîtrait plutôt comme n'appartenant à aucune.

1. La théorie de la *Rechtskraft* est plus spécialement exposée dans Merkl, *Die Lehre von Rechtskraft*. On en trouve un exposé en français dans une étude du Professeur Weyr dans la *Revue internationale de la théorie du droit*, t. II, 1927-1928, p. 215.

prend pour une autorité spéciale de la chose jugée n'est que l'élément formel de l'autorité juridique commune à toutes les normes.

Cette critique paraît extrêmement contestable à son tour. On conviendra bien volontiers qu'il y a une *Rechtskraft* commune à toutes les normes juridiques : c'est l'autorité matérielle. Cette constatation ne nous apprend rien d'ailleurs, sinon qu'il y a pour toute règle de droit une certaine force de droit qui en impose l'exécution. Cela est tout à fait évident, au point de ressembler à une tautologie ; mais enfin on peut penser, avec Talleyrand, que ce qui va sans dire va encore mieux en le disant. Quant à l'autorité formelle qui consiste pour l'acte juridictionnel en ce que la situation constatée ne peut être remise en contestation, c'est bien là quoiqu'en pense M. Merkl un phénomène particulier à l'acte juridictionnel. A ce deuxième point de vue, qui seul nous intéresse, le problème de l'autorité juridique se pose en des termes tout différents pour chacune des fonctions de l'Etat. Tous les régimes admettent la règle *Lex posterior derogat priori* ; partout l'administration est normalement admise à revenir sur ses décisions ; nulle part on ne voit que la chose jugée puisse être remise indéfiniment en question. Et on serait bien en peine de trouver un texte de droit positif qui fonde ces différences.

Par contre, il est extrêmement difficile d'admettre avec M. Jèze que la force de vérité légale n'est pas attachée à l'acte juridictionnel comme une conséquence de sa nature, mais qu'elle en constitue le caractère essentiel. Si parmi les agents publics les uns voient toujours la force de vérité légale attachée à leurs décisions, les autres jamais, n'est-ce pas parce que leur mission est fondamentalement différente ? « Au lieu d'affirmer, dit M. Vizioz, que certaines constatations sont des actes juridictionnels parce qu'ils ont force de vérité légale, ne conviendrait-il pas de renverser la formule et de dire que certaines constatations ont force de vérité légale parce que ce sont des actes juridictionnels

et parce que cet effet permet à la fonction de remplir son but ? »¹.

V

THÉORIE DE DUGUIT

« L'acte juridictionnel, dit Duguit, implique d'abord l'existence d'une prétention »². Mais cette prétention, qui est nécessaire pour mettre en mouvement l'activité juridictionnelle ne peut être considérée comme définissant suffisamment la nature intrinsèque de celle-ci. Aussi Duguit ne s'attache-t-il pas outre mesure à cet élément.

Poursuivant son analyse, il constate que l'essence de l'acte juridictionnel c'est la solution d'une question de droit. « Il n'y a d'acte juridictionnel, écrit-il, que si le juge intervient pour résoudre une question de droit »³.

Sans doute l'administrateur résoud lui aussi des questions de droit, mais sa décision n'est pas commandée logiquement par la solution de la question de droit. La décision du juge est au contraire la « conséquence logiquement nécessaire »⁴ de la constatation du droit à laquelle il a procédé. Et ce troisième élément est le plus important, le plus caractéristique à ses yeux, de la fonction juridictionnelle.

Par conséquent, tandis que M. Jèze ne retenait que la constatation comme élément de l'acte juridictionnel, et considérait la décision comme une simple mesure d'exécution, de caractère administratif, Duguit estime que la constatation toute seule ne serait rien, et qu'on ne peut en séparer la décision qui en découle logiquement.

1. *Observations sur la procédure civile, Revue générale du droit*, 1929, p. 9 note 2.

2. *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p. 313.

3. *Eod. loc.*, p. 314.

4. *Eod. loc.*, p. 320.

*
* *

L'analyse faite par Duguit paraît bien la plus importante contribution apportée à la solution de ce problème.

M. Jèze cependant a pu montrer qu'un certain nombre d'actes juridictionnels ne comportent pas de décision : ainsi un jugement sur une question d'état, un jugement sur une question préjudicielle, la constatation du fait par les jurés dans un procès criminel¹. Dans ce cas on ne pourra évidemment plus parler du lien étroitement logique qui unit la constatation à la décision. Si alors Duguit réplique qu'une constatation sans décision n'aurait aucun effet juridique, M. Jèze répond que son effet est la force de vérité légale qui s'attache à ce qu'elle a constaté. Il faut bien reconnaître que M. Jèze a ici raison.

D'autre part, Duguit a quelque mal à accorder cette conception de la fonction juridictionnelle avec ses propres analyses qui réduisent l'ordonnancement juridique en ces trois éléments : règles, situations objectives, situations subjectives. Il serait logique qu'il n'y eût pas d'autre fonction que la fonction législative et que la fonction administrative.

VI

THÉORIE DE M. GUILLIEN

Nous avons signalé en passant la thèse de M. Lureau : sa doctrine est un compromis entre l'opinion de Duguit et celle de M. Jèze. Nous n'en ferons pas un exposé particulier.

1. On pourrait faire remarquer aussi que la Cour permanente de justice internationale, lorsqu'elle ne fait qu'émettre un avis consultatif, n'en suit pas moins les règles de forme et de fond applicables aux instances contentieuses (V. par exemple. Affaire de la Carélie orientale, avis n° 5). C'est donc, semble-t-il, reconnaître le caractère juridictionnel à ces actes, encore qu'ils ne soient destinés qu'à éclairer le Conseil ou l'Assemblée de la Société des Nations.

Par contre, il faut s'arrêter à la thèse de M. Guillien ¹ qui expose une doctrine intéressante.

M. Guillien déclare adhérer à la théorie de la formation du droit par degrés (sans voir apparemment que cette théorie nie la distinction matérielle de l'acte administratif et de l'acte juridictionnel et que par conséquent il s'en écarte sur ce point). La juridiction sera le contrôle de la légalité de l'exécution et pourra s'exercer à tous les étages de l'ordonnancement juridique.

Le contenu de l'acte juridictionnel est essentiellement la solution d'une question posée sur la violation de la loi. Autrement dit, le rôle du juge sera de vérifier si les actes juridiques ou matériels accomplis en exécution d'une norme constituent une exacte application de cette norme. D'autre part l'acte juridictionnel n'est rien de plus que la solution de cette question : la décision prise par le juge, la condamnation, n'en font pas partie.

Une opinion tout à fait semblable à celle de M. Guillien se trouve chez le Professeur Jérusalem ². D'après ce dernier auteur, qui prend comme M. Guillien la théorie de Merkl et Kelsen pour point de départ et s'en sépare sur les mêmes points, la fonction juridictionnelle aurait pour objet d'examiner la conformité aux normes des actes d'exécution de ces normes. Elle s'opposerait en cela aux fonctions législative et administrative, ces deux dernières, matériellement identiques, ayant pour objet de réaliser les buts de l'Etat.

* * *

Le rôle du juge, dit-on, est de résoudre une question de violation de la loi. Cela paraît exact ; pourtant l'agent de police qui dresse procès-verbal de contravention fait-il autre chose ?

D'autre part dans tous les cas où un individu réclame l'application d'un certain statut, il faut souvent une excès-

1. *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, thèse, Bordeaux, 1931.

2. *Die Staatsgerichtsbarkeit*.

sive subtilité pour trouver que le juge tranche ici une question de violation de la loi. Voici un exemple, emprunté à M. Guillien lui-même. Un individu intente une action en recherche de paternité. Il établit, dit M. Guillien, que le père prétendu nie cette paternité et le juge aura à constater que le père, par son refus de reconnaître son fils, viole la loi. Est-il bien vrai qu'il y a une violation de la loi à ne pas reconnaître spontanément un enfant naturel ? Est-ce qu'un enfant naturel pourrait demander des dommages-intérêts à son père naturel qui ne l'a pas reconnu spontanément ? C'est peu probable ; la reconnaissance volontaire n'est pas un devoir juridique. M. Guillien dira alors que la violation de la règle de droit sera constituée par la défense du père au procès. Mais si celui-ci ne se défend pas, s'il s'est abstenu de reconnaître son enfant uniquement par indifférence, ou encore parce qu'il a des doutes sur sa paternité, où sera dans ce cas la violation de la loi ? La vérité est que la formule de M. Guillien est un peu étroite.

Enfin si on s'expose à de graves objections en disant qu'un acte juridictionnel comporte toujours une décision, il faut bien voir qu'il est plus périlleux encore de dire, avec M. Jèze, que toutes décisions sont en dehors de l'acte juridictionnel, que toutes sont des actes d'exécution semblables aux autres actes administratifs. Car c'est méconnaître vraiment l'intérêt même de la fonction juridictionnelle qui est, pour le justiciable, d'obtenir une décision dictée uniquement par le droit, sans autre considération que celles qu'on peut tirer de l'examen de la question de droit, en un mot une décision qui soit la conséquence logiquement nécessaire de la solution donnée à la question de droit.

* * *

SOLUTION PROPOSÉE

Arrivé au terme de ce très rapide et sommaire examen des doctrines, il faut maintenant reprendre le problème en utilisant les résultats obtenus.

Partons des notions élémentaires. La juridiction, comme le mot même l'indique, c'est la fonction de dire le droit, c'est-à-dire le sens de la loi. Elle n'est que cela et il est pleinement exact de dire que le juge est la *viva vox legis* car il n'a d'autre mission que d'en fournir une exacte interprétation. C'est ce que Laband exprimait en disant que la mission du juge est purement intellectuelle, non volontaire.

Or la loi, c'est la règle permanente de l'action.

Comment cette règle peut-elle être permanente s'appliquant à une réalité mouvante ? On entend dire parfois : il faut bien que le juge modifie la loi, ou du moins lui ajoute quelque chose, pour la faire intervenir dans des cas qu'elle n'a pas prévus. Mais la loi règle l'action en ce sens seulement que, dans le champ indéfini des actions possibles, elle trace la limite des actions licites. Plus cette limite sera large et plus longtemps elle pourra contenir l'action. De plus, n'étant que la limite des actions, la loi pourra être générale et, corrélativement, abstraite. La généralité et son abstraction seront pour elle un facteur de durée. Chaque fois que la science nous met entre les mains un nouvel instrument qui nous permet de nuire à notre voisin, les juges n'ont aucun besoin de règles de droit nouvelles pour statuer sur les conséquences dommageables de ces nouvelles inventions : l'article 1382 s'appliquera sans qu'il soit besoin d'en forcer le sens le moins du monde. Πάντα ῥεῖ, c'est entendu, il faut admettre la mobilité des choses ; mais les lois, selon le mot juste et profond de M. Thiers, sont la permanence des choses.

Il est vrai que parfois la carence du législateur pousse le juge à sortir de son rôle. Au lieu d'appliquer le droit tel qu'il est, il peut être tenté d'adapter les règles désuètes aux circonstances nouvelles. Lorsque le sens de la loi est douteux, que plusieurs interprétations sont soutenables, le juge feindra parfois de découvrir que l'interprétation donnée jusqu'à présent n'est pas la plus exacte ; et par ce procédé il satisfera aux exigences du commerce juridique. — La nécessité de cette façade suffit à justifier notre point de vue. C'est uniquement parce qu'elle est censée plus exactement

déduite de la loi que la nouvelle solution pourra être adoptée. Le désir de rendre une sentence opportune intervient dans la décision du juge comme pourrait intervenir le désir de favoriser une personne avec laquelle il est en rapports d'amitié : c'est-à-dire clandestinement — et exceptionnellement¹.

Montesquieu souhaitait que la « puissance de juger » devînt nulle. Il entendait par là que cette fonction « si terrible parmi les hommes » ne devait pas être attribuée à un corps permanent toujours tenté d'en abuser. En modifiant ce mot célèbre, dans sa lettre et dans son sens, on pourrait dire que la puissance de juger est nulle. Cela exprimerait cette idée que le juge, obligé de dire le droit et de s'en tenir au droit, se voit imposer sa sentence par les constatations qu'il a faites. Que le pouvoir discrétionnaire (défini comme la liberté pour une autorité d'agir librement sans que la conduite à tenir lui soit dictée à l'avance par une règle de droit) n'existe à aucun degré dans la fonction juridictionnelle². Et cette idée ne serait d'ailleurs pas

1. On se souvient que Ihering blâmait le juge d'avoir donné tort à Shylock, (*Der Kampf um's Recht*, p. 58 et suiv.). Cf. les conclusions de l'avocat général Jottrand, Cass. Belg. 30 mai 1929, *Pas.*, 1929.1.206 : « Vous n'êtes pas des ministres d'équité ». — L'article 38 du statut de la Cour permanente de justice internationale fait une opposition absolument nette entre, d'une part, les diverses sources de droit que la Cour applique d'une façon normale, en tant que juge ; et d'autre part l'équité, dont elle ne peut s'inspirer que si les parties consentent à lui donner ce rôle d'amiable compositeur (V. la seconde ordonnance rendue par la Cour dans l'affaire des zones franches, entre la Suisse et la France, le 6 décembre 1930 ; *Publication de la Cour*, série A, n° 24).

2. Dans son *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration* (*Annales de l'Université de Grenoble*, 1913) Michoud énumère quelques cas où, exceptionnellement il le reconnaît, les juges possèdent un véritable pouvoir discrétionnaire. C'est par exemple le pouvoir, dans la confection d'un règlement d'eau, de concilier les intérêts de l'agriculture avec ceux de l'industrie (Art. 465 du Code civil) ; dans l'application d'une peine, de fixer le taux entre un minimum et un maximum ; etc... — Mais c'est là pour le juge un pouvoir exorbitant, qui n'existe que lorsque la loi le lui a expressément accordé. Nécessairement aucune définition de la fonction juridictionnelle ne peut s'appliquer à tous les actes accomplis par les juges. M. Bonnard en fournit la raison : « Dans les droits positifs le juge, quoique créé pour l'exercice de la fonction juridictionnelle, n'est pas toujours spécialisé d'une façon rigoureuse et absolue dans cette fonction. Il lui est souvent attribué des compétences qui se rattachent aux autres fonctions et notamment à la fonction administrative ». (*Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 11, note 1).

entièrement étrangère à la pensée de Montesquieu, qui aurait voulu que tous les jugements fussent « fixes » au point de n'être jamais « qu'un texte précis de la loi »¹.

C'est en suivant sur ce point Montesquieu² et par l'exagération d'une idée juste que dans les assemblées révolutionnaires on soutint qu'avec de bonnes lois il ne pouvait y avoir de jurisprudence, puisque la seule solution exacte se dégagerait dans chaque cas avec netteté. C'était oublier de compter avec l'incertitude de l'esprit humain, mais c'était se faire une opinion théoriquement très exacte des rapports de l'acte juridictionnel à la loi.

L'administration, c'est la fonction d'action de l'Etat. Il faut prendre ici le mot action dans son sens étroit, qui est aussi le sens plein et fort. L'action, c'est-à-dire l'effort pour modifier l'ordre des phénomènes par la recherche et la combinaison des moyens les plus appropriés selon les circonstances de temps et de lieu. Dans ce sens, juger n'est pas agir : la décision juridictionnelle n'est un acte qu'au sens très large du mot, puisqu'elle consiste seulement à exprimer la loi.

La loi qui peut poser des règles permanentes à l'action, et prédéterminer par conséquent les décisions des juges qui appliquent ces règles, ne peut pas prédéterminer l'action elle-même. C'est ici le cas de dire que les circonstances sont changeantes, changeants aussi et infiniment divers les moyens à employer et les buts immédiats à poursuivre ; et c'est d'après cela que se détermine l'action. Car il est bon que l'action soit légale, mais c'est insuffisant. Il faut aussi et surtout qu'elle s'insère efficacement dans le réel, qu'elle soit opportune. La légalité peut être considérée comme la condition de validité de la décision administra-

1. *Esprit des lois*, livre XI, chap. VI.

2. Et Voltaire, qui écrit quelque part à peu près ceci : « Vous avez trente-six commentaires de la Coutume de Paris. Cela fait trente-six démonstrations que cette Coutume est mauvaise ».

tive (s'il en est ainsi dans le régime de droit qui nous est familier, on remarquera d'ailleurs que ce n'est pas le seul régime possible). Dans aucun cas elle ne saurait en constituer à elle seule la substance.

L'antériorité de la loi par rapport à l'action qu'elle règle ne lui permettra donc que de fixer des limites de compétence. La zone de liberté qui sera laissée à l'agent pour s'adapter aux circonstances s'appellera pouvoir discrétionnaire.

A l'intérieur de cette zone, dans les limites de ce pouvoir discrétionnaire, l'administration pourra s'organiser en vue de sa tâche, élaborer des règles techniques et morales et même une discipline juridique interne. Elle prendra une personnalité que n'avait pas la fonction juridictionnelle : c'est le corollaire de son existence indépendante à l'égard de la loi, la conséquence de ce que l'action suppose la vie. C'est ce corps de règles internes qui, en perpétuelles modifications et adaptations à la vie, guidera les agents administratifs d'une manière assez ferme pour éviter les incohérences des fantaisies individuelles, assez souple pour que l'action reste efficace.

* * *

Une norme concrète, disent les partisans de l'école normativiste, est toujours partiellement indéterminée à l'égard de la norme abstraite sur laquelle elle s'appuie ; il n'y a rien là de particulier à la décision administrative et le juge possède aussi cette demi-liberté dans l'édification de ses jugements. Quoiqu'inégalement distribué, le pouvoir discrétionnaire se retrouverait dans tout pouvoir juridique.

C'est une confusion. Il y a deux manières bien différentes pour une norme d'être indéterminée à l'égard d'une norme supérieure : il y a une indétermination de fait tenant à ce que des esprits différents interprètent toujours plus ou moins différemment une même notion ; il y a une indétermination de droit tenant à ce que la norme donnée ne fournit ni

n'entend fournir tous les éléments de la norme à créer. La décision du juge est, si l'on veut, indéterminée par rapport à la loi, mais comme la solution d'un problème est incertaine à partir de ses données, puisqu'on peut se tromper soit sur l'interprétation des données soit sur la conduite du raisonnement à tenir sur elles. L'action administrative est à l'égard de la loi comme la solution d'un problème est aux données incomplètes qui permettent de dire les limites hors desquelles la solution ne peut se trouver, mais non pas de l'indiquer.

* * *

Bien loin d'exclure toutes les conceptions qu'on a plus haut exposées, ce point de vue rend compte au contraire de ce que chacune avait d'exact et tire en grande partie sa force de pouvoir utiliser cette « âme de vérité » que contiennent ensemble (Charles Gide l'a dit d'après Shakespeare) les doctrines les plus opposées et même les plus critiquables.

On comprend d'abord parfaitement la conception de Duguit considérant comme caractéristique de l'acte juridictionnel le lien étroitement logique qui unit la décision à la constatation du droit. Sans doute M. Jèze a-t-il raison de dire que tout acte juridictionnel ne comporte pas nécessairement une décision. Mais prenant une décision, le juge qui puise dans la loi tous les éléments qui le guident, ne peut avoir de bonne foi qu'une décision à prendre, il ne peut y en avoir qu'une de légale à ses yeux. Cela est bien caractéristique de l'acte juridictionnel car l'administrateur ne résoud une question de droit que pour connaître la limite de ses pouvoirs. S'il raisonne, comme le juge, par syllogismes, tandis que le juge n'en fait qu'un (dont la majeure est la question de droit *stricto sensu*, la mineure la question de fait, et la décision la conclusion), il en fait plusieurs. Le premier lui dira si la décision envisagée est légale, mais un autre si elle est conforme aux règles internes

de morale et de bonne administration auxquelles l'entreprise se soumet, un troisième si elle est techniquement réalisable, un ou plusieurs autres enfin si elle est opportune... C'est seulement la concordance des résultats qui entraînera la décision ¹.

Du même coup, nous voyons la raison de cette constatation de M. Merkl, exposée plus haut, que la fonction administrative est organisée hiérarchiquement tandis que les tribunaux ne reçoivent aucun ordre dans l'exercice de leur mission. Pour que cette observation soit pleinement exacte il suffit d'en donner une formule plus restrictive et de dire que la fonction administrative est en principe, et le plus souvent, organisée hiérarchiquement. Mais cette constatation reste un peu mystérieuse. Il est difficile de se résigner à dire c'est ainsi parce que c'est ainsi. C'est toujours le grand vice des théories qui soutiennent l'identité matérielle des fonctions que de ne pouvoir expliquer leurs différences d'organisation. Au contraire cela est aisé de notre point de vue. Un administrateur peut recevoir des ordres parce que l'administration jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire que ses chefs peuvent aménager par leurs instructions. Dans la fonction juridictionnelle telle qu'on l'a définie le pouvoir hiérarchique est évidemment inconcevable. Sur quoi porterait-il, en effet, puisque le juge n'a pas de liberté de détermination et que la seule solution possible est celle qui est, ou lui paraît, légale ?

On comprend encore clairement à partir de ces données pourquoi la force de vérité légale s'attache aux décisions juridictionnelles et non à la solution des questions de droit tranchées par les administrateurs. C'est que la question de droit est examinée par l'administrateur seulement comme condition de son action, qu'il est naturel dès lors que le seul effet de cette solution soit de rendre possible l'action en vue

1. Que, exceptionnellement, la zone légale à l'intérieur de laquelle peut se mouvoir l'administration apparaisse, une fois délimitée, si étroite qu'il n'y a plus qu'une décision possible, cela rend dans ces cas-limite l'acte administratif semblable en fait à la décision juridictionnelle, mais cela ne saurait affaiblir la valeur du critérium.

de laquelle on l'a cherchée. Au contraire le juge examinant la question de droit uniquement pour préciser dans un cas concret les limites qui doivent contenir l'action et sanctionner, le cas échéant, leur violation, il est naturel et nécessaire que cette interprétation devienne comme une loi concrète et régie définitivement la situation qu'elle concerne.

Enfin il ne serait pas invraisemblable *a priori* que la fonction juridictionnelle ainsi comprise ne s'exerçât que lorsqu'il y a une contestation juridique à trancher. Chacun agirait normalement dans la limite de ce qu'il croit être ses attributions jusqu'au moment où il serait prétendu que ces attributions ont été excédées et qu'un droit a été froissé. A ce moment interviendrait une tierce personne qui tracerait au nom de l'Etat la frontière des droits sur le point litigieux. C'est bien ainsi que les choses se passent dans la grande majorité des cas. Cependant on voit qu'en fait la fonction juridictionnelle est déclanchée parfois sans que soit invoquée la violation d'un droit subjectif. Il suffit dans certains cas de montrer que des attributions ont été excédées et violé le droit objectif. Il sera seulement exigé du demandeur qu'il justifie d'un intérêt au succès de l'action intentée. Quelquefois aussi c'est préalablement à toute action et à toute contestation qu'intervient l'acte juridictionnel. La loi impose parfois aux individus une investiture juridictionnelle pour qu'ils puissent jouir d'une certaine situation juridique. Il en est ainsi lorsqu'on réclame le bénéfice d'un statut légal. L'attribution de ce statut peut vous être contestée mais elle peut ne l'être pas. Il faut intenter une action en justice pour obtenir la rectification d'un acte d'état civil alors même que nulle autre personne ne songerait à s'y opposer.

En résumé, on peut poser que la fonction administrative consiste à se décider et à agir dans les limites fixées par la loi ; la fonction juridictionnelle à dire au nom de l'Etat les limites légales qui s'imposent à l'activité des particuliers ou des admi-

nistrateurs, soit parce que les actions exercées soulèvent des contestations ou qu'elles sont prétendues illégales, soit parce que préalablement à toute action la loi a fait un devoir à l'agent de se faire investir d'un certain statut par une décision juridictionnelle.

A cette formule il nous semble qu'il faut pourtant une importante correction. Que la tâche de l'agent administratif soit d'agir dans les limites de la loi et de n'en pas sortir, cela est vrai dans les circonstances normales. Cela cesse d'être vrai lorsque le respect que l'administrateur doit à la loi est en conflit absolu avec les intérêts supérieurs dont il a la charge.

On a coutume de soutenir que les agents administratifs sont dans tous les cas soumis à la loi, que le juriste doit poser fermement ce principe (quitte, lorsque l'administration est poussée à une nécessaire illégalité, à mobiliser sa subtilité professionnelle pour essayer de montrer que cette action que tout le monde, et même son auteur, croyait illégale, ne l'est pas du tout — ou quitte si l'illégalité est trop manifeste à se voiler la face). C'est professer là une erreur inutile.

C'est une erreur parce que le respect du droit n'est pas une fin en soi, que le droit est un moyen de réaliser la vie sociale et qu'il serait déraisonnable que la société pérît pour l'observer¹. « Le droit, dit Ihering, existe à cause de la société et non la société à cause du droit. Il en résulte que là où exceptionnellement la situation est telle que le pouvoir étatique se trouve dans l'alternative de sacrifier ou le droit ou la société, il est non seulement autorisé mais obligé à sacrifier le droit et à conserver la société ».

C'est bien inutilement, de plus, qu'on soutient cette

1. Pour éviter toute équivoque, il faut préciser que ce point de vue n'est nullement lié aux doctrines qui légitiment les agressions internationales par les prétendues « nécessités vitales » de l'agresseur. Le même raisonnement n'est en effet aucunement applicable dans ce dernier cas, car on ne peut pas dire que le droit international n'ait pour fin que l'existence de la nation qui est tentée de le violer.

doctrine si on se flatte de donner par elle des scrupules aux gouvernants et, en enseignant que la légalité ne peut jamais être violée même lorsqu'il y a péril à l'observer, d'empêcher qu'elle le soit sans une nécessité véritablement absolue. Quels qu'ils soient les gouvernants n'adhèrent jamais à ce point de vue et lorsqu'ils croient menacés les intérêts essentiels de l'Etat, il est clair que ce blâme théorique des juristes ne les retient pas du tout. Aucun chef de gouvernement ne s'exprimera jamais autrement que faisait Aristide Briand à la Chambre des députés, le 29 octobre 1910 : « Si pour défendre l'existence de la nation, le gouvernement n'avait pas trouvé dans la loi de quoi rester maître de ses frontières, s'il n'avait pu disposer à cet effet de ses chemins de fer, c'est-à-dire d'un instrument essentiel de la défense nationale, eh bien ! aurait-il du recourir à l'illégalité il y serait allé ».

Donc *non seulement l'administrateur se déterminera librement à l'intérieur du droit, mais encore il violera exceptionnellement la loi lorsqu'en l'observant il compromettrait la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat*. C'est un nouveau caractère de la fonction administrative qu'on ne trouve évidemment pas dans la fonction juridictionnelle. C'est encore une nécessité de l'action qui, dans ces circonstances tragiques où tous les Etats passent quelque jour, doit briser les liens que la légalité a serrés autour d'elle.

* * *

Sur la base de ces observations, nous pourrions maintenant faire le départ entre ce qu'il y a de hiérarchique et ce qu'il y a de proprement juridictionnel dans le contrôle que le Conseil d'Etat exerce sur l'administration avec la forme juridictionnelle. Ce contrôle sera juridictionnel dans la mesure où il se bornera à dire le droit. *Il sera hiérarchique dans la mesure où il s'exercera à l'intérieur de la zone légale où l'administration se détermine librement, et aussi lorsqu'il suivra, le cas échéant, l'administrateur sur le terrain de l'illégalité nécessaire.*

ORIGINE HIÉRARCHIQUE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF ET INSTITUTION DE LA JUSTICE DÉLÉGUÉE

- I. La conception traditionnelle de la justice administrative et le principe de la séparation des pouvoirs. — II. L'institution de la justice déléguée a-t-elle eu nécessairement pour conséquence de modifier complètement le système traditionnel ? — III. Les travaux préparatoires des lois du 24 mai 1872 et du 3 mars 1849. — IV. Conclusion : Possibilité de l'existence d'un élément de contrôle hiérarchique dans la justice administrative actuelle nonobstant l'institution de la justice déléguée.

I

Sous l'Ancien Régime, et plus précisément dans le dernier état de l'ancien droit, la plus grande partie du contentieux administratif était tranchée par le Conseil du Roi, soit en premier et dernier ressort, soit sur appel des décisions rendues par les intendants. Aucune distinction n'était faite alors entre l'administration et la juridiction administrative, entre les recours hiérarchiques et les recours contentieux. Cette distinction était même impossible à concevoir dans le « régime de police » qui était celui de l'administration monarchique. Aucune règle juridique ne limitait la puissance souveraine de l'administration supérieure. Quant aux limites tracées à l'activité des agents subalternes, elles n'avaient que la valeur d'instructions hiérarchiques : un acte administratif n'était pas nécessairement annulé parce qu'il y contrevenait si son maintien paraissait opportun.

La Révolution introduisit un principe opposé, celui de la

légalité. Désormais, tout est en principe soumis à la loi, expression de la souveraineté nationale, et même l'administration que Rousseau avait définie : « Un corps intermédiaire chargé de l'exécution des lois »¹. On va, dans les premiers temps de la période révolutionnaire, jusqu'à un véritable culte de la loi².

Ce principe et cette tendance auraient dû logiquement conduire les assemblées révolutionnaires à soumettre l'activité des administrateurs, sinon aux mêmes juges qui interprètent les lois civiles, du moins à des tribunaux séparés de l'administration active. Bien au contraire, la tradition monarchique fut sur ce point maintenue et confirmée. Le même souci d'avoir une administration indépendante amena les mêmes solutions³. Les fameuses dispositions qui proclament la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire⁴ répètent l'édit de Saint-Germain de février 1641 et l'arrêt du Conseil du 8 juillet 1661. « Quelle que soit, écrit Laferrière, l'organisation du pouvoir exécutif pendant la période de 1789 à l'an VIII, ses attributions restent les mêmes à l'égard des actes administratifs qui lèsent l'intérêt public ou privé. Elles comprennent à la fois le contrôle, la

1. *Contrat social*, III, chap. I. — C'est ce respect du principe de la légalité qui, pour Rousseau, définit aussi la République, *Contrat social*, II, chap. VI.

2. O. Mayer note quelques détails qui manifestent ce culte dans la vie courante (*Droit adm. allem.*, éd. franç. p. 70, note 8) : « L'agent de police, dans les communes rurales le garde-champêtre, porte sur son bras l'inscription « la loi » ; au cri de « force à la loi » tous les bons citoyens doivent descendre dans la rue pour réprimer l'émeute ; la sommation adressée à ceux qui forment un attroupement commence par les mots : « obéissance à la loi » ; la formule redoutée « au nom de la loi » ouvre toutes les portes ! Parmi les comédies populaires des premiers temps de la Révolution, il en est une qui s'intitule « L'ami des lois » dans laquelle le héros manifeste un véritable fanatisme d'obéissance à la loi en général et s'en avoue l'esclave ».

3. Cependant en ce qui concerne le contentieux des impôts, élections, travaux publics, etc..., la Constituante aurait accepté la juridiction de tribunaux d'administration, dont le comité d'organisation judiciaire lui proposait la création. Ce qui la détermina ici ce fut seulement le désir de ne pas « établir quatre-vingt-trois cours des aides, couvrir la France de juges, accabler les peuples de frais et les tourmenter encore par des questions de compétence » (Intervention de Pezons (du Tarn) Séance du 27 mai 1790).

4. Loi du 16-24 août 1790, titre II, art. 13 ; Constitution du 3 septembre 1791, art. 3 ; Décret du 16 fructidor an III.

réformation et l'annulation de ces actes, soit pour incompétence, illégalité, atteinte aux droits acquis ; soit pour inopportunité administrative et infraction aux ordres donnés. La nature et la forme des décisions sont les mêmes qu'elles soient rendues d'office ou sur la réclamation des parties intéressées ; elles se confondent toutes dans une notion unique, celle de l'autorité hiérarchique »¹.

Ce qu'il y a d'admirable dans la construction impériale ce n'est la nouveauté d'aucune institution, c'est la puissante synthèse qu'elle réalise de tout ce qu'il y avait eu de solide et de sain dans les institutions de l'ancien droit et du droit révolutionnaire. Le principe de la séparation des pouvoirs y figure en première place. Le Conseil d'Etat copie la formule si heureuse du Conseil du Roi, et, dirigeant de haut l'administration, connaîtra aussi des contestations qu'elle soulève. Le système étant bon, il est étendu à l'étage inférieur : les conseils de préfecture font partie de l'administration mais cependant, moins directement et activement mêlés aux affaires que l'intendant ou le préfet, ils pourront avoir plus d'impartialité et de lumière pour trancher en première instance les litiges qu'on leur attribue. Cette organisation de la justice administrative ne subit pas d'importantes modifications pendant la Restauration et, après les éphémères réformes de la deuxième république, elle est rétablie par la Constitution du 14 janvier 1852.

On voit que ce qui la caractérise, c'est le principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe ne signifie pas que les juges ne doivent pas se mêler d'administration ni les administrateurs de juger. Il est établi pour protéger l'adminis-

1. *La juridiction administrative*, t. I, p. 187-188. — Le pouvoir hiérarchique supérieur était détenu : sous la Constituante, par le roi, avec l'aide du conseil des ministres appelé Conseil d'Etat, et sous le contrôle de l'Assemblée nationale ; sous la Convention par le Conseil exécutif provisoire formé par les ministres et investi du pouvoir exécutif, puis par les commissions que la loi du 12 germinal an II substitue aux ministres ; sous le Directoire par les ministres, chacun en ce qui concerne son département, sous réserve de la confirmation du Directoire, et par le Directoire lui-même, *omisso medio*, sur les administrations départementales et communales.

tration bien plus que dans l'intérêt commun des deux pouvoirs pour assurer entre eux une bonne division du travail. On l'intitulerait plus exactement principe de l'indépendance de l'administration¹. Et ce ne serait pas assez encore de définir cette indépendance en disant que l'administration ne sera pas soumise au contrôle des corps judiciaires établis pour juger les individus. C'est à tout contrôle purement juridictionnel que l'administration doit être soustraite. On veut que ce soit l'autorité administrative supérieure qui rende la justice administrative et que l'élément de contrôle hiérarchique complète et assouplisse l'élément de contrôle juridictionnel.

II

On considère ordinairement que ce système a été complètement transformé, d'abord par la loi du 3 mars 1849 pour la courte durée de la deuxième république, et définitivement par la loi du 24 mai 1872.

Ces lois ont institué le régime de la justice déléguée. Le Conseil d'Etat ne faisait jusqu'alors que proposer une décision au chef de l'Etat, qui, en l'approuvant, lui donnait la force juridique. Si en fait la décision était presque toujours l'œuvre du Conseil d'Etat, en droit elle émanait donc du chef de l'Etat, bien que la délibération du Conseil d'Etat en fût une formalité essentielle. Dorénavant le Conseil d'Etat a un droit de juridiction propre et ses décisions ont la valeur juridique d'un jugement. Le contrôle juridictionnel de l'administration, cessant ainsi d'être exercé par celui qui détient aussi le contrôle hiérarchique, sera, pense-t-on, dès lors purement juridictionnel et sans aucun mélange de contrôle hiérarchique.

En vérité, cette conclusion ne s'impose pas. Le fait que la justice soit rendue par le Conseil d'Etat, au lieu d'être

1. Cf. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 32 et 33.

rendue par le chef de l'Etat en Conseil d'Etat, ne change pas nécessairement son caractère. Rien n'indique que ce transfert devait lui faire subir un si profond changement, et que le Conseil d'Etat n'ait pas pu hériter de la justice administrative telle qu'elle était constituée, avec le mélange traditionnel de contrôle juridictionnel et de contrôle hiérarchique, sauf à accentuer son caractère juridictionnel. Certes, un tribunal ordinaire eut dû renoncer à la succession dans toute la mesure où elle contenait un contrôle hiérarchique qu'il ne pouvait exercer. Mais le Conseil d'Etat est un corps administratif, mieux que personne apte à discerner les nécessités du service autant que les exigences de la légalité.

Au surplus, comme nous l'avons dit, la transformation de la justice retenue en justice déléguée, n'a fait que transformer un état de fait en état de droit, puisque les projets de décrets préparés par le Conseil d'Etat au contentieux n'étaient pratiquement jamais modifiés. Or comme ils étaient rédigés pour le compte du chef de l'Etat, ils n'étaient pas obligés de s'en tenir à un contrôle strictement juridictionnel. Quelle vraisemblance que la suppression de la pure formalité qu'était la signature du chef de l'Etat ait complètement modifié à elle seule une tradition si ancienne et que le Conseil d'Etat ait adopté une telle interprétation d'une disposition aussi peu explicite !

Il y a cependant un argument embarrassant en faveur de la thèse que nous combattons. Il consiste à dire que, dans le régime parlementaire, l'autorité ne peut résider que là où il y a responsabilité devant les Chambres. Les ministres sont responsables, non le Conseil d'Etat. Ce corps ne peut donc détenir aucune parcelle de pouvoir hiérarchique.

Nous reviendrons ultérieurement sur cet argument quand nous nous efforcerons d'apprécier le système qui aura été décrit ; mais puisque l'objection peut être dès maintenant opposée, il importe d'y répondre déjà au moins sommairement.

Il ne faut pas exagérer l'importance de ce principe de la responsabilité comme condition de l'autorité. Car on ne peut oublier qu'un décret est juridiquement l'œuvre commune du Président de la République et d'un ministre. Or aux termes de la Constitution le second seul est responsable devant les Chambres, si l'on écarte l'hypothèse exceptionnelle de la haute trahison du premier. Disons plus : il ne faut pas exagérer la valeur des principes constitutionnels ou supra-constitutionnels car ils souffrent de nombreuses (et souvent heureuses) exceptions. Pour ne prendre qu'un exemple, l'existence du Sénat ne se justifie pas à partir des principes démocratiques. C'est une institution inutile lorsque ses votes s'accordent avec ceux de la Chambre des députés, et c'est une institution théoriquement nuisible et intolérable lorsqu'elle met obstacle aux volontés de l'assemblée issue du suffrage universel, qui représente directement la nation. Et pourtant en fait cette chambre haute rend au régime les services les plus incontestables.

Pour que l'objection tirée du principe de la responsabilité ait plus qu'une valeur purement « métaphysique », il faudrait supposer que le Conseil d'Etat pût entreprendre de tirer à lui tout le pouvoir hiérarchique et ainsi soustraire l'administration au contrôle parlementaire ; il est évident qu'une telle hypothèse est absurde et qu'à tenter cela le Conseil d'Etat risquerait l'existence. Il faudrait aussi admettre que le gouvernement n'eût aucun moyen de se défendre, ce qui n'est pas le cas puisque les membres du Conseil d'Etat ne sont pas inamovibles.

III

Si l'institution de la justice déléguée n'entraîne par aucune nécessité logique la transformation du contentieux administratif, il se pourrait du moins qu'une telle conséquence eût été prévue et voulue par ceux qui votèrent la loi du 24 mai 1872.

Les travaux préparatoires de cette loi n'indiquent nullement cette intention avec certitude. L'exposé des motifs du projet de loi se borne à justifier ainsi la justice déléguée : « ... lorsqu'un justiciable a porté un litige devant une juridiction dont les membres ont étudié les pièces du procès, entendu les plaidoiries de l'avocat et les conclusions du ministère public, on comprend difficilement que la décision des juges n'ait pas force exécutoire et qu'elle puisse être modifiée par le chef suprême de l'administration contre laquelle est ordinairement engagé le procès »¹.

Il est vrai que Bathie, en son rapport², affirme très nettement la conception purement et simplement juridictionnelle du contentieux administratif. « Qu'il appartienne à l'ordre administratif ou à l'ordre judiciaire le juge doit appliquer les lois, les règlements ou les conventions des parties. Il prononce sur le droit (*jus dicit*) et, inamovible ou non, son devoir est de prendre pour guide les textes de la loi ou du contrat. Aussi n'avons-nous jamais compris cette théorie, qui pendant longtemps a eu cours, et dont il ne serait pas impossible de trouver encore des partisans, d'après laquelle l'autorité administrative, quand elle juge, fait encore acte d'administration ». Mais, cette doctrine exposée, Bathie n'y rattache pas l'institution de la justice déléguée. Il indique seulement que, le chef du pouvoir exécutif ne refusant jamais l'homologation des projets d'arrêts qui lui étaient présentés, il était inutile de maintenir une fiction ; que si d'autre part le chef du pouvoir exécutif voulait user de son droit, cela pourrait devenir dangereux pour les justiciables.

Dans une brève intervention, Gambetta défend en ces termes la juridiction administrative : « L'Etat a bien, j'imagine, le droit, pour ne pas laisser entamer les services publics, pour ne pas laisser toucher ce qui est en son pouvoir

1. *Journal officiel* du 19 juin 1871.

2. Reproduit au *Journal officiel* du 19 février 1872.

conservateur, son pouvoir administratif, son pouvoir supérieur, l'Etat, dis-je, a bien le droit de comparaître devant une juridiction spéciale : cette juridiction, c'est le Conseil d'Etat »¹. On remarque qu'il n'invoque pas la justification ordinairement proposée pour la justice administrative, à savoir la compétence spéciale nécessaire à ceux qui l'exercent. Bien que la pensée soit passablement obscure, on peut se demander si la juridiction du Conseil d'Etat ne ménage pas le pouvoir administratif, aux yeux de Gambetta, précisément parce qu'elle participe de ce pouvoir, si elle n'est pas une juridiction « spéciale » en un double sens, en ce qu'elle est distincte des tribunaux ordinaires, et en ce qu'elle a des soucis d'administration.

L'intention qu'on ne trouve pas dans les travaux préparatoires de la loi du 24 mai 1872 pourrait être cherchée dans les délibérations qui précèdent le vote de la loi du 3 mars 1849 : la loi de 1872 s'est en effet ouvertement inspirée de la loi de 1849.

A priori ce procédé ne serait pas incontestable : si l'interprétation d'une loi au moyen de ses travaux préparatoires est toujours délicate et quelque peu arbitraire, ici l'incertitude serait au deuxième degré. Si l'on écarte pourtant cette objection de principe, il paraît difficile de dégager des longues et souvent confuses discussions qui précédèrent la loi de 1849 une volonté bien nette d'extirper du contentieux administratif tout élément de contrôle hiérarchique.

Sans doute, on trouve dans les déclarations d'Odilon Barrot, ministre de la Justice, l'expression d'une doctrine identique à celle que Batbie devait plus tard exposer. « Il y a, disait-il, une distinction profonde entre l'administration pure et le contentieux. L'administration pure, c'est l'appréciation de ce qui est utile ou dangereux en administration, sous la responsabilité de l'administrateur. Il n'y a pas de droit engagé, le droit dérivant de la loi ... Le contentieux qui

1. Séance du 19 février 1872, *Journal officiel* du 20,

reconnaît le droit, qui applique la loi, fait une véritable fonction de juge ». Et cette fois l'institution de la justice déléguée est bien rattachée à ce point de vue, car il ajoute : « Vous l'avez reconnu, et vous lui avez attribué cette faculté exorbitante, d'une justice propre ... »¹.

Béchar, défendant la doctrine opposée, et soutenant avec Henrion de Pansey que sont encore des actes d'administration les décisions en forme de jugement, combat de ce point de vue l'institution de la justice déléguée². Mais on ne sait s'il estime que cette réforme exclura nécessairement du contentieux administratif tout élément de contrôle hiérarchique, ou s'il redoute seulement qu'elle entraîne une orientation contraire à la conception extrême qu'il soutient.

Parieu, membre de la commission³, qui défend le projet au nom de celle-ci, s'exprime, par contre, avec beaucoup plus de nuances qu'Odilon Barrot. Il reconnaît, bien entendu, que la mission principale du Conseil d'Etat sera de dire le droit, mais il laisse entendre qu'il y aura nécessairement quelque différence entre sa juridiction et celle d'un tribunal ordinaire. A un tribunal administratif, dit-il, « il faut des vues élevées, il faut *des vues de gouvernement*, il faut *des vues d'administration*... on doit y désirer cette compréhension large de l'intérêt public, qui, au besoin, peut faire fléchir devant lui quelques considérations trop secondaires d'intérêt privé »⁴.

Enfin il faut se rappeler que le projet de constitution déposé le 30 août 1848 à l'Assemblée Constituante créait un tribunal administratif supérieur, distinct du Conseil d'Etat maintenu dans ses attributions politiques et administratives, et que le projet a été repoussé. Voici ce que lui repro-

1. Assemblée nationale, séance du 26 janvier 1849, *Moniteur* du 27.

2. Assemblée nationale, séance du 23 janvier 1849, *Moniteur* du 24.

3. La présence dans cette commission de trois des fondateurs du droit administratif mérite d'être signalée : on y relève en effet les noms de Macarel, Cormenin et Vivien.

4. Assemblée nationale, séance du 23 janvier 1849, *Moniteur* du 24.

chait un de ses principaux adversaires, Marcel Barthe : « Tout tribunal est nécessairement amené à un esprit d'immobilité, si je puis m'exprimer ainsi, et cela se conçoit ; un tribunal est avant tout chargé de maintenir le sens et la portée des lois. Cela est excellent dans les affaires ordinaires, dans le droit civil, parce que les conditions sociales ne changent pas facilement ; mais en administration, cela peut être un très grand danger, car les règles administratives sont sujettes à de grands changements ; une jurisprudence trop rigoureusement maintenue par le tribunal administratif supérieur peut causer de graves embarras au pouvoir exécutif »¹. C'est donc apparemment la crainte de soumettre l'administration à un strict contrôle de la légalité, à un contrôle purement juridictionnel, qui détermine l'orateur à critiquer le projet, et c'est probablement cette raison qui fit laisser au Conseil d'Etat ses attributions contentieuses.

En résumé, ni la loi de 1872 ne conduit nécessairement aux conséquences absolues qu'on en a tirées, ni on ne peut dire que ces conséquences aient été nettement voulues par ses rédacteurs ou par les rédacteurs de la loi de 1849.

IV

Il serait absurde de nier l'immense progrès qui a été réalisé par la soumission de l'administration à un contrôle nettement juridictionnel. On ne peut non plus manquer de reconnaître que la loi du 24 mai 1872 a marqué une étape très importante dans une évolution d'ailleurs commencée bien avant elle et dont le principe était posé dès 1789. Il ne suit pas de là cependant qu'aucun élément de contrôle hiérarchique ne puisse avoir place dans le contentieux administratif. Le contrôle du Conseil d'Etat peut être principalement juridictionnel sans l'être toujours, ni n'être que

1. Séance du 13 octobre 1848, *Moniteur* du 14.

cela. Même si l'on ne consent pas que l'on puisse tirer de la tradition un préjugé favorable à l'existence d'un pareil élément de contrôle hiérarchique, du moins il faudra reconnaître que la loi du 24 mai 1872 ne crée pas un obstacle absolu à ce que le Conseil d'Etat complète et assouplisse d'une certaine dose de pouvoir hiérarchique sa mission juridictionnelle.

Première Partie

Le Contrôle du Conseil d'Etat à l'intérieur du Droit

CHAPITRE PREMIER

LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET SON AMÉNAGEMENT

- I. Le pouvoir discrétionnaire nécessité de l'action et caractéristique de la fonction administrative. — II. Le droit pour l'administration de choisir son heure ; les abstentions de l'administration sont-elles discrétionnaires et dans quelle mesure ? — III. Règles par lesquelles on peut formuler les limites du pouvoir discrétionnaire. — IV. L'aménagement du pouvoir discrétionnaire par la réglementation interne.—V. La transformation possible en règles de droit de ces règles internes.

I

La doctrine et la jurisprudence ont longtemps divisé les actes administratifs en actes susceptibles d'être critiqués par la voie contentieuse et en actes discrétionnaires ou de pure administration. Contre ces derniers n'étaient possibles que le recours gracieux à l'administrateur mieux informé et le recours hiérarchique au supérieur de l'agent qui avait rendu l'acte. Cette théorie correspondait à un état de droit maintenant dépassé : les progrès de l'impératif juridique ont fait que tout acte administratif (exception faite pour la catégorie très restreinte des actes de gouvernement) est aujourd'hui soumis à des conditions de légalité contrôlables par le juge.

Si l'on a dû abandonner la notion d'acte discrétionnaire, on s'est aperçu qu'il y avait par contre un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration plus ou moins étendu

suivant les cas¹. Ce pouvoir, comme le dit Hauriou, consiste essentiellement dans l'appréciation de l'opportunité des mesures administratives. Nous avons vu qu'il était une nécessité de l'action : on peut bien poser à l'action des règles et des limites, mais on ne peut la prédéterminer exactement, car sa première qualité est d'être efficace, c'est-à-dire actuelle.

Ainsi expliqué et considéré comme étant de la fonction administrative, le pouvoir discrétionnaire doit se trouver, quoiqu'en doses variables, dans tous les actes administratifs.

II

Il y a des cas cependant où le pouvoir discrétionnaire semble nul, ces cas qu'on appelle de compétence liée. Une dette étant exigible, l'administration n'a pas le choix entre plusieurs attitudes : il faut que la dette soit ordonnée et payée. Eh bien, même dans ces cas où elle semble n'avoir aucune liberté de décision, l'administration conserve un certain pouvoir discrétionnaire. Il lui reste encore la faculté de choisir son heure². Même si l'action est prédéterminée dans tous ses autres éléments, il reste que le moment précis où elle sera déclanchée est à la discrétion de l'administration. Dans une de ses magistrales « notes parlementaires » de la *Revue du droit public*, M. Joseph-Barthélemy ne craint pas de dire que « le gouvernement peut, et dans certaines circonstances doit, sans violer directement une loi, s'abstenir d'en poursuivre l'application »³.

1. Note d'Hauriou sous l'arrêt *Grazietti*, S., 1903.III.113.

2. Michoud, *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, p. 439.

3. *De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application*, *Revue du droit public*, 1907, p. 295 et suiv. — Voici une autre citation de la même étude qui permettra de mieux se rendre compte des idées de l'auteur : « En résumé et pour conclure, nous disons que l'obligation du gouvernement d'appliquer la loi n'est pas du tout de même nature que celle du juge ; il doit examiner dans chaque hypothèse s'il y a plus d'inconvénient à laisser violer la loi qu'à la faire appliquer. Les besoins de la vie d'un Etat sont beaucoup trop variés, beaucoup trop complexes pour qu'il puisse

Ce caractère discrétionnaire des abstentions a été, il est vrai, contesté par M. Waline¹. En s'en tenant au contentieux de l'excès de pouvoir, on ne peut, dit-il, trouver d'annulation d'abstention, mais c'est parce qu'il n'y a pas d'acte à annuler, par hypothèse. D'autre part, n'ayant pas agi, l'administration n'a pas pu faire grief au requérant, et celui-ci se verrait opposer une fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt. — Si par contre on envisage le contentieux de la responsabilité, on a alors la preuve positive que les abstentions ne sont pas discrétionnaires. Dans l'arrêt *Lemonnier*² la commune de Roquecourbe a été déclarée responsable parce que le maire n'avait pas pris soin d'interdire ou d'entourer de précautions suffisantes un tir dangereux, et qu'un accident en était résulté. C'est donc que le maire n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de prendre ces mesures de prudence qui eussent rendu impossible l'accident.

Comme la nature met, suivant les spagyristes, le remède à côté du mal, ainsi M. Waline, après avoir déclaré évident qu'on ne pouvait concevoir l'annulation d'une abstention, parle quelques lignes plus loin des « décisions implicites de rejet, fiction grâce à laquelle les abstentions de l'administration tombent maintenant sous la prise du recours pour excès de pouvoir et peuvent être annulées ». Le premier argument est donc réfuté : il suffirait pour faire annuler une abstention d'adresser une réclamation à l'autorité compétente et d'attaquer la décision de rejet, soit

y être donné satisfaction par des mesures rigoureusement prévues et réglées à l'avance. C'est la tâche du gouvernement d'examiner comment, dans quelle mesure, avec quels tempéraments la loi doit être appliquée ; l'art de gouverner exigera même parfois que la loi ne soit pas appliquée du tout » (p. 310).

1. *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, *Revue du droit public*, 1930, p. 197 et suiv.

2. Conseil d'Etat, 26 juillet 1918, *Rec.*, p. 772. On pourrait citer beaucoup d'autres arrêts qui condamnent l'administration pour une abstention fautive ; not. *Lafourcade*, 22 juillet 1931, *Rec.*, p. 811 ; *Brisset*, 26 novembre 1931, *Rec.*, p. 1024 ; *Lorain*, 20 avril 1934, *Rec.*, p. 464 ; *Roquet*, 13 février 1935, *Rec.*, p. 188.

qu'elle soit explicite, soit qu'elle soit implicite et résulte du silence gardé pendant quatre mois.

Il est tout aussi difficile de soutenir que, supposée l'action possible, on ne pourrait avoir intérêt à l'intenter, « l'administration n'ayant par aucun acte fait grief au requérant ». Est-ce qu'une abstention ne peut vraiment jamais faire grief ? N'arrive-t-il jamais qu'on ait intérêt à l'action administrative ? L'exemple même du conscrit, que fournit M. Waline, peut se retourner contre la thèse qu'il est destiné à soutenir. Un jeune homme peut très bien désirer satisfaire aux obligations de la loi militaire, quand ce ne serait que pour pouvoir accéder à une fonction publique. Il aura donc un intérêt incontestable à critiquer l'abstention de l'administration qui omet de le convoquer.

La meilleure preuve qu'il n'est pas impossible de concevoir un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une abstention, c'est que la chose n'est pas sans exemple. Ainsi dans les arrêts récents *Ligue nationale contre l'alcoolisme*, du 27 avril 1934¹, *Van Outryve et Cie*, du 6 juillet 1934², *Colombino*, du 11 janvier 1935³, *Angelliers et de Lagarde*, du 1^{er} mars 1935⁴, le Conseil d'Etat déclare recevables les recours pour excès de pouvoir dirigés contre des abstentions administratives par des intéressés à titres divers.

Donc il n'y a aucune fin de non-recevoir opposée au recours en annulation dirigé contre une abstention. Si ce recours est rejeté ce sera pour des considérations tirées du fond et notamment du pouvoir discrétionnaire qui appartient à l'administration pour choisir le moment où elle doit agir.

Il faut d'ailleurs se garder de croire que le droit pour l'administration de choisir son heure a pour conséquence nécessaire que toutes les abstentions administratives

1. S., 1934.III.77.

2. S., 1934.III.116.

3. et 4. S., 1935.III.41.

seront discrétionnaires. Que l'administration puisse chercher le moment opportun pour agir, cela ne veut pas dire qu'elle soit toujours libre de ne pas agir du tout. Sans doute en pratique cela reviendra souvent au même, car, sommée d'agir, l'administration n'a qu'à répondre qu'elle est en deçà du moment opportun et qu'elle l'attend. Toutes les libertés peuvent tourner en abus ; mais tous les abus ne sont pas impossibles à démasquer. D'abord il est clair que si l'administration s'abstient pour un motif complètement étranger au souci de trouver le moment opportun, et si en outre ce motif qu'elle indique n'est pas valable, son abstention peut parfaitement être déclarée illégale. Ce serait un cas analogue à celui de l'affaire *Rétif*¹. Il était constant que le préfet de Seine-et-Oise n'accordait au sieur Rétif l'autorisation d'amarrer sa barque sur le bord de la Seine pour ce seul motif que l'impétrant refusait de payer au Trésor public une légère redevance annuelle. Or le préfet n'avait pas le droit d'imposer cette redevance. Ainsi fondée sur un motif illégal, la décision d'abstention put être annulée, bien que l'octroi d'une telle permission soit discrétionnaire. — L'illégalité ne sera pas moins certaine si l'administration prend la décision bien arrêtée de ne pas prêter main-forte à l'exécution d'un jugement, pour le motif que cette exécution risquerait de causer des troubles, étant donné qu'il s'agit d'un motif permanent et qu'en conséquence la décision de s'abstenir a une valeur quasi définitive². — Si encore un ministre prend la *décision de principe* de ne pas faire appliquer telle ou telle disposition légale, il excède les pouvoirs qui lui sont donnés pour faire de la loi une application efficace. C'est ainsi que la décision du ministre des Finances de laisser les bouilleurs de cru distiller à n'importe quelle époque de l'année, alors que la loi indique formellement que ces dis-

1. Conseil d'Etat, 26 juin 1914, *Rec.*, p. 784.

2. L'exemple est emprunté aux circonstances à propos desquelles est intervenu l'arrêt *Coultéas*, S., 1923.III.57.

tillations devront être faites exclusivement pendant des périodes fixées par le juge de paix, est illégale et doit être annulée ¹.

Bien plus, lorsque la loi a fait expressément un devoir à l'administration d'agir dans un certain délai, ou que, sans fixer de délai, elle a manifesté clairement sa volonté d'une action administrative immédiate, le choix de l'heure est enfermé dans des limites bien plus étroites que le juge de l'excès de pouvoir devra faire respecter. Suivant la législation sur les réparations pour les dommages de guerre (aux termes spécialement des lois du 30 mars 1929, art. 87, du 27 avril 1931, du 14 avril 1932) un régime de compensation avait été institué entre les sinistrés anciens attributaires qui avaient obtenu des frais supplémentaires pour produits finis et les nouveaux attributaires qui n'avaient encore rien reçu. Les premiers devaient reverser au Trésor une partie des sommes qu'ils avaient reçues, et ces sommes, par l'intermédiaire d'un compte spécial géré par le crédit national, devaient servir au paiement des nouveaux attributaires. Des délais très stricts étaient indiqués pour poursuivre ces versements. Or une décision du ministre des Finances vint disposer que les mesures d'exécution prévues par la loi du 14 avril 1932 seraient retardées de six mois. En retardant ainsi par mesure générale l'application de la loi, le ministre des Finances méconnaissait l'obligation qu'il avait de la faire exécuter dans les délais prévus : la décision était entachée d'excès de pouvoir et elle fut annulée à bon droit ². — Dans une espèce encore plus récente on critiquait l'abstention du maire de Grenoble et du préfet de l'Isère qui n'avaient pas pris de mesure pour s'opposer à la réalisation irrégulière d'un lotissement. Ces mesures auraient dû être prises immédiatement par l'administration pour laquelle elles étaient un devoir et le

1. Conseil d'Etat, 27 avril 1934, *Ligue nationale contre l'alcoolisme*, S., 1934.III.77.

2. Conseil d'Etat, 6 juin 1934, *Soc. van Outryve et Cie*, S., 1934.III.116.

Conseil d'Etat annula les décisions implicites de rejet qui avaient été opposées à un contribuable de Grenoble, voisin en outre du lotissement¹.

En résumé, pour le juge de la légalité toutes les abstentions ne sont pas discrétionnaires, mais elles le sont très généralement. Elles le sont dans la mesure où elles s'appuient sur le droit qu'a l'administration de choisir le moment opportun pour agir, sauf à se tenir pour ce choix dans les limites que la loi aura parfois posées.

Va-t-on maintenant trouver dans le contentieux de la responsabilité la preuve que l'administration ne choisit pas discrétionnairement le moment où elle agit ? De ce que le maire de Roquecourbe a commis une faute en omettant de prendre certaines mesures de sécurité, va-t-on pouvoir conclure que son abstention n'était pas discrétionnaire ?

Il y aurait peut-être une erreur à le soutenir. La faute qui engage la responsabilité de l'administration, comme celle qui engage la responsabilité d'un particulier, n'est pas nécessairement une faute contre la légalité : ce peut-être une faute contre l'habileté ou la prudence². Il n'y a aucune

1. 11 janvier 1935, *Colombino*, S., 1935.III.41, avec une importante note signée P.L. L'arrêtiste nous paraît restreindre à l'excès le pouvoir d'appréciation de l'administration pour assurer l'exécution des lois. Ce pouvoir, dit-il, se résume à la faculté de ne pas poursuivre tant qu'elle n'est pas saisie d'une demande formelle de poursuite. Si elle est saisie d'une telle demande elle ne peut s'abstenir sans excès de pouvoir. Cette doctrine n'est-elle pas démentie précisément par l'un des trois arrêts que commente la note ? On lit dans les considérants de l'arrêt *Angelliers et de Lagarde* (3^e espèce) que « si l'article 6 de la loi du 10 juin 1854 punit des peines portées à l'article 456 du Code pénal la destruction totale ou partielle des conduites d'eau ou fossés évacuateurs, il appartenait au préfet d'apprécier s'il y avait lieu, pour lui, de faire procéder aux constatations demandées par les requérants ; que ces derniers ne sont pas fondés à soutenir qu'en refusant d'intervenir le préfet ait, dans l'espèce, excédé ses pouvoirs ».

2. Cf. Planiol, *Etude sur la responsabilité civile, Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, notamment, p. 284 et 287. — *Contra* note précitée au S., 1935.III.44 deuxième colonne. V. Conseil d'Etat, 16 juillet 1926, *Trésallet*, *Rec.*, p. 751 « ... le sieur Trésallet n'est pas recevable à présenter à l'appui de sa demande en indemnité pour le préjudice que lui aurait causé la décision précitée du maire de Levallois-Perret, d'autres moyens que ceux fondés sur l'excès de pouvoir ou la violation de la loi ... » ; mais que cette formule soit excessive, cela semble résulter, par exemple, de l'arrêt du 29 novembre 1929,

obligation légale à être adroit et prudent, mais seulement si l'on manque à l'être et que quelqu'un en soit lésé une réparation pécuniaire pourra être due. Ou si l'on préfère et comme le dit justement Planiol, l'obligation n'est pas de ne commettre aucun acte maladroit ou imprudent : elle consiste à ne léser personne en commettant un acte maladroit ou imprudent. La maladresse, l'abstention imprudente ne sont pas illicites en elles-mêmes, il faut que survienne en outre un dommage causé à autrui. A ce moment elles seront rétroactivement considérées, dans les rapports de leurs victimes à leurs auteurs, comme ayant été illicites et comme pouvant servir de base à l'obtention d'une réparation. Le contentieux de la responsabilité ne peut donc donner d'indication sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire car un acte discrétionnaire peut engager la responsabilité de son auteur.

III

Il importe de fixer les autres limites que connaît dans notre droit le pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est une première approximation de dire qu'il correspond à l'appréciation de l'opportunité, mais cela n'est peut-être pas absolument exact et surtout cela demande à être développé. On est alors amené à formuler les propositions suivantes¹ :

A) *L'appréciation de la situation de fait à propos de laquelle intervient un acte administratif n'est pas discrétionnaire en principe.* La liberté de décision est laissée à l'ad-

Compagnie des mines de Siquiri (S., 1930.III.17) qui pose le principe d'une indemnisation pour le dommage causé par une décision administrative parfaitement légale mais trop brusque.

1. Nous utilisons ici principalement les études de M. Bonnard (*Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, *Revue du droit public*, 1923, p. 363 et suiv.) et de M. Waline (*Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, *Revue du droit public*, 1930, p. 197 et suiv.).

ministre pour qu'il agisse au mieux de la situation, mais encore faut-il qu'il ne commette pas d'erreur en constatant cette situation. S'exerçant à partir de faits inexacts, le pouvoir discrétionnaire jouerait à faux, on le conçoit.

Il y aurait cependant une exagération certaine à laisser toujours en dehors du pouvoir discrétionnaire l'appréciation de la situation de fait. La formule proposée est pleinement exacte lorsqu'il s'agit d'un fait simple, aisément contrôlable, et dont l'existence, à supposer qu'elle soit établie, laisse intacte l'appréciation de l'opportunité de la décision. Par exemple, tel fonctionnaire a-t-il effectivement demandé sa mise à la retraite, telle postière s'est-elle vraiment mise en grève ? — Au contraire, lorsqu'il faut apprécier une situation complexe, juger de l'existence d'éléments qui ne sont pas matériellement contrôlables, qui ne tombent pas sous les sens, mais que l'intelligence de l'agent doit découvrir, lorsqu'il s'agira par exemple de savoir s'il y a chez les administrés un état d'esprit compatible avec la décision projetée, la formule alors ne s'applique plus. L'appréciation des faits se confond avec l'appréciation de l'opportunité de la décision, ou du moins elle devient un élément de cette dernière appréciation. Entendue dans ce deuxième sens, l'appréciation de la situation de fait est donc discrétionnaire¹.

1. M. Waline a très bien vu cette inexactitude d'une formule trop large et il propose une restriction voisine, mais plus limitée. D'après cet auteur l'administrateur n'apprécie pas discrétionnairement l'existence de faits passés ou présents, mais il apprécie discrétionnairement les éventualités futures. — Pourquoi apprécie-t-il discrétionnairement les éventualités futures si ce n'est parce que cette appréciation est délicate, toujours un peu incertaine, qu'elle est affaire d'esprit de finesse et d'intuition personnelle ? Dès lors pourquoi cette raison ne serait-elle pas valable pour les appréciations de situations présentes lorsqu'elles sont aussi délicates, ce qui arrive souvent ? L'appréciation des événements futurs ne se ramène-t-elle pas d'ailleurs en dernière analyse à l'appréciation de faits présents ? A moins d'être devin, comment prévoir, par exemple, si une mesure satisfera les usagers sinon par l'appréciation de leur psychologie actuelle, ou des facteurs actuels qui modifieront cette psychologie ?

B) *Lorsque les faits sur lesquels l'administration peut fonder sa décision doivent présenter un certain caractère, être susceptibles d'une certaine qualification juridique, l'appréciation de ce caractère, l'attribution de cette qualification, ne sont pas discrétionnaires.* Dans le cas précédent, il n'était pas précisé quels faits pouvaient provoquer la décision administrative ; l'administration était libre de prendre en considération et de viser dans les motifs de sa décision n'importe quels faits pourvu qu'ils ne fussent pas matériellement inexistantes.

Ici le droit d'agir de l'administration est subordonné à l'existence d'une situation de fait que la loi a définie. La condition de l'exercice du pouvoir discrétionnaire est dans l'existence d'une situation répondant à la définition légale. Il y a donc d'abord compétence liée par la définition légale en ce qui concerne la possibilité de l'action, mais reste le pouvoir discrétionnaire d'apprécier si l'action, supposée possible, est opportune.

Il faut évidemment que la loi ait entendu limiter l'administration par une définition suffisamment précise de la situation qui autorise l'action. Il n'en est pas ainsi par exemple dans le cas de l'expropriation qui peut être poursuivie pour l'utilité publique, étant donné que cette utilité publique ne reçoit aucune définition spéciale.

C) *L'appréciation que l'administrateur fait de son rôle et du but qu'il peut poursuivre par ses actes n'est pas discrétionnaire en principe.*

Il est certain d'abord que les pouvoirs administratifs ne sont confiés que pour servir l'intérêt général, et que, utilisés pour poursuivre un intérêt privé, ils n'ont plus de fondement. Il n'est donc pas loisible à l'administrateur de choisir quel but il poursuivra car il est tenu de poursuivre un but d'intérêt général.

De plus la compétence des administrateurs, pris individuellement, est définie plus étroitement que par la notion d'intérêt public. Chacun d'eux est chargé d'une mission plus

ou moins étroite dans les limites de laquelle il doit se tenir. Sa compétence est encore liée par la *définition légale* de cette mission.

D) Parfois un pouvoir administratif paraît nécessairement en antagonisme avec certains droits reconnus d'autre part aux administrés. L'opportunité des décisions prises en vertu de ce pouvoir ne serait plus alors appréciée discrétionnairement par l'administration et, comme on l'a dit, *la décision administrative ne serait alors légale qu'à la condition d'être opportune*. Il en serait ainsi, par exemple, en matière de pouvoir de police venant limiter les libertés individuelles des administrés. Il est bien connu que le Conseil d'Etat annule les arrêtés de police des maires dès lors que leurs rigueurs ne lui paraissent pas justifiées par la situation de fait. Ce serait bien là un contrôle juridictionnel car la loi a entendu fixer la limite des pouvoirs du maire à ce qu'il est vraiment nécessaire de sacrifier des droits individuels pour l'intérêt public.

Ce qui peut inspirer quelques doutes sur l'exactitude de cette solution, c'est que la Cour de Cassation ne l'admet pas et qu'elle se contente, lorsqu'elle est saisie de la légalité d'un arrêté de police par le jeu de l'exception fondée sur l'article 471, alinéa 15 du Code pénal, d'examiner si l'autorité administrative était *dans l'exercice de ses pouvoirs*, et nullement si elle faisait un usage opportun de ses droits. Autrement dit, elle considère que, même en matière de police, il y a une zone fixe à l'intérieur de laquelle l'administration peut chercher librement la décision opportune. Il semble bien en effet que si la loi mettait l'opportunité comme condition de légalité d'une décision, elle donnerait au juge une mission qui ne lui serait pas familière et qu'il aurait beaucoup de mal à exercer convenablement. Si le Conseil d'Etat exerce un certain contrôle sur l'opportunité des décisions de police, c'est sans doute à raison du caractère hiérarchique qu'il prend quelquefois dans l'exercice

du contrôle qu'il exerce avec la forme juridictionnelle¹. Mais, en tous cas, nous pouvons nous passer de trancher cette question délicate car, nous nous expliquerons là-dessus ultérieurement, nous n'avons pas l'intention d'étudier la jurisprudence du Conseil d'Etat concernant l'exercice des pouvoirs de police comme exemple à l'appui de notre thèse.

IV

Il reste maintenant à examiner comment ce pouvoir discrétionnaire est utilisé par ceux auxquels il est attribué. Il appartient à l'administration bien plus qu'à l'administrateur. Pour chaque institution administrative, il est le domaine réservé qu'elle peut organiser et aménager, à l'intérieur duquel peut se constituer et se développer la personnalité de l'entreprise. De même qu'on ne montrerait pas ce qu'est la France en dessinant ses frontières, de même en disant les limites légales qui s'imposent à l'entreprise on n'a pas assez fait pour la caractériser. A l'intérieur de ces limites l'entreprise vit et s'organise pour réaliser sa fonction. Aux règles légales s'ajoute toute une réglementation interne qui achève de guider l'action et l'enserme d'une étreinte plus étroite et plus souple. Plus étroite, cette réglementation peut l'être parce qu'elle émane de ceux mêmes qui agissent, qu'elle s'élabore au contact de la vie, et parce qu'elle est plus souple. Elle est plus souple parce qu'elle est dans un

1. Dans ses conclusions sur l'affaire *Marc et Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris* (Conseil d'Etat, 5 juin 1908, *Rec.*, p. 622), le commissaire du gouvernement, M. Teissier, dit à propos du contrôle des pouvoirs conférés à l'autorité municipale par la loi du 15 février 1902 pour obtenir la salubrité des immeubles : « ... Votre mission apparaît plus comme un contrôle administratif supérieur exercé *a posteriori* dans la forme judiciaire que comme un contentieux à proprement parler dans le sens ancien et étroit du mot ». Même si ce point de vue n'est pas exact (Cf. Michoud, *Annales*, 1913, p. 459), il faut retenir cet aveu comme la preuve que le Conseil d'Etat n'a pas une répugnance de principe à se considérer, dans une certaine mesure, comme un supérieur hiérarchique.

mouvement incessant d'adaptation à la réalité changeante, aussi parce qu'elle n'est qu'une règle interne, dont la violation ne donne lieu qu'à un contrôle hiérarchique, et à laquelle sous ce contrôle des dérogations peuvent être apportées.

L'autorité hiérarchique n'est pas autre chose que le pouvoir d'édicter cette réglementation à l'intérieur du droit et d'en contrôler l'observation. Souvent cette réglementation paraîtra se dégager d'elle-même, comme par une adaptation naturelle de l'entreprise au but poursuivi, et le supérieur semblera n'avoir pour tâche que de la faire appliquer. Néanmoins c'est toujours l'autorité hiérarchique qui reste maîtresse du pouvoir discrétionnaire puisqu'à cet aménagement elle peut en substituer un autre.

En aménageant ainsi et en répartissant le pouvoir discrétionnaire qui est confié à l'entreprise administrative, le supérieur hiérarchique pourrait aller jusqu'à réduire à rien le pouvoir discrétionnaire de ses subordonnés. C'est une éventualité ordinairement purement théorique parce que cela équivaldrait à prendre par lui-même toutes les décisions concrètes. Plus grande est l'entreprise administrative, plus générales seront les instructions qui partiront du sommet (sauf les chefs intermédiaires à les préciser graduellement) car plus variées seront les décisions à prendre par les subordonnés en même temps que plus lointain et moins exactement informé du détail le chef suprême. On peut donc déjà faire remarquer l'exagération qu'on commettrait en disant avec M. Bonnard ¹ que si le Conseil d'Etat est considéré comme un supérieur hiérarchique, « on doit aboutir fatalement à étendre son contrôle sur toutes les appréciations pour lesquelles la loi a laissé liberté à l'agent administratif ». Non seulement ce n'est pas fatal, mais c'est encore extrêmement improbable et, on peut le dire, pratiquement impossible. Il va de soi que le Conseil d'Etat

1. Etude précitée de la *Revue du droit public*, p. 365.

ne peut tirer à lui tout le pouvoir discrétionnaire qui accompagne chacune des innombrables décisions quotidiennes des diverses autorités administratives. Il n'est guère plus vraisemblable en fait qu'il le tente pour les décisions importantes des autorités supérieures : il est nécessairement conduit à voir les choses de haut et à diriger l'administration active dans l'usage de son pouvoir discrétionnaire bien plus qu'à accaparer ce pouvoir.

V

Cette réglementation, libre aménagement du pouvoir discrétionnaire, change souvent de caractère. Par une conquête graduelle de l'impératif juridique sur le pouvoir discrétionnaire, la règle légale vient souvent se substituer à la règle interne : il est naturel en effet que cette conquête se fasse sur les points de moindre résistance et elle est particulièrement aisée là où le terrain est tout préparé par la réglementation interne. La norme juridique n'a alors qu'à occuper le lit de la prescription hiérarchique. La substitution passera presque inaperçue car la physionomie apparente de la règle restera sensiblement la même malgré la modification de sa substance juridique. Souvent d'ailleurs il ne sera pas nécessaire que le législateur remarque la valeur permanente d'une règle interne de l'entreprise et décide de lui donner la consécration légale. Un certain nombre de ces règles internes tendront d'elles-mêmes à devenir de véritables règles de droit comme par une lente et insensible pétrification.

En indiquant plus haut les limites du pouvoir discrétionnaire, on ne se préoccupait pas de savoir si l'origine de ces limites était dans la volonté du législateur ou si elle était dans un aménagement hiérarchique du pouvoir discrétionnaire, transformé et fixé en règles légales. *Mais pour montrer que le Conseil d'Etat participe de la nature d'un supérieur*

hiérarchique, on pourra non seulement montrer qu'il impose à l'administration active des règles pour l'utilisation de son pouvoir discrétionnaire, autrement dit qu'il exerce un contrôle à l'intérieur des règles de droit telles qu'elles sont présentement constituées, mais encore que ces règles de droit elles-mêmes ne sont parfois que la consécration juridique et l'assimilation par le droit d'une organisation hiérarchique.

CHAPITRE II

ORIGINE HIÉRARCHIQUE
DE LA
RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE
ET SUBSISTANCE D'UN ÉLÉMENT
D'INDEMNISATION GRACIEUSE¹

I. L'irresponsabilité primitive de la puissance publique et la tentative d'application du Code civil pour y porter remède. — II. Le fondement gracieux de la responsabilité de l'Etat : l'arrêt *Blanco*. — III. Subsistance d'un élément d'indemnisation gracieuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Revue des cas dans lesquels est admise la responsabilité de l'administration : a) faute du service ; b) dommage causé sans faute en matière de travaux publics ; c) présomption de fautes à la charge des conducteurs d'automobiles ; d) responsabilité du patrimoine administratif en cas de faute personnelle d'un agent ; e) applications directes de la théorie de l'égalité devant les charges publiques (arrêts *Cames*, *Regnault-Desroziers*, *Compagnie P.L.M.*, *Colas*, *Couitéas*, *Walther*, *Beteau*) ; f) conclusion : le principe de l'égalité devant les charges publiques ne peut être considéré, exception faite pour la matière des travaux publics, comme un principe juridique mais comme un principe d'équité. — IV. Contre-épreuve : a) le droit administratif anglo-saxon b) le droit administratif belge. — V. Conclusion : la raison de l'avance considérable que la France a pris sur les autres pays en matière de responsabilité de la puissance publique.

I

Le principe général de la responsabilité de l'Etat et de ses démembrements pour les dommages qu'ils causent dans l'exercice de leurs pouvoirs marque un des progrès

1. Teissier, *La responsabilité de la puissance publique* dans Béquet, *Répertoire du droit administratif*, t. XXIII, p. 103 et suiv. ; et tirage à part ; Michoud, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents*, *Revue du droit public*, 1895, t. III, p. 401 et suiv. et même année, t. IV, p. 1 et suiv., p. 251 et suiv. ; Duez, *De la responsabilité de la puissance publique*, thèse Tirard (Paris, 1906), Sourdois (Bordeaux, 1908), Couzinet (Toulouse, 1911), Feugey (Lille, 1927), Giuliani (Lyon, 1933), Luchet (Nancy, 1935).

les plus récents de notre droit public. La notion de souveraineté — souveraineté royale ou souveraineté nationale — a paru longtemps exclusive de toute idée de responsabilité.

A la fin de l'Ancien Régime apparaît la première exception à cette règle de l'irresponsabilité par l'habitude que prend le roi d'imposer aux concessionnaires ou entrepreneurs de travaux publics une réparation plus ou moins effective des dommages causés aux propriétés. La Révolution, l'Empire, la Restauration fortifient la protection des propriétés privées tout en laissant intact le principe général de l'irresponsabilité de la puissance publique. Dans la deuxième moitié du XIX^e siècle, sans porter atteinte non plus à ce principe par mesures générales, le législateur organisera parfois la responsabilité de l'Etat pour certains services publics déterminés¹ et seulement dans certains cas qu'il précise. D'autre part, dans le domaine contractuel, la responsabilité se conciliait assez facilement avec la souveraineté, car le lien contractuel est un lien volontaire et à ce titre ne paraissait pas plus offenser la souveraineté de l'Etat que porter atteinte, dans le domaine du droit privé, au principe de l'autonomie de la volonté.

Comme il semblait équitable que, en dehors des cas spéciaux où la responsabilité était ainsi organisée, les particuliers victimes du mauvais fonctionnement d'un service pussent obtenir une indemnité, on songea quelque temps à faire en cette matière application pure et simple des articles 1382 et 1384 du Code civil. Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige à réparation : il n'y a pas de raison, dit-on, de distinguer entre la faute d'un particulier et celle d'un fonctionnaire, et la loi ne distingue pas. Toute

1. Postes : loi du 4 juin 1859, du 25 janvier 1873, art. 4. — Télégraphes : loi du 29 novembre 1850, du 4 juillet 1868. — Dommages causés aux propriétés par les manœuvres militaires : loi du 24 juillet 1873. — Dommages causés aux propriétés par les exercices de tir : loi du 17 avril 1901. — Responsabilité des communes en cas de troubles publics : loi du 5 avril 1884, art. 106 et suiv. — Indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires : loi du 8 juin 1895.

faute d'un préposé engage la responsabilité civile du commettant : il importe peu que ce commettant soit un particulier, une personne morale de droit privé ou une personne morale de droit public.

Bien que consacrée quelque temps par la Cour de Cassation¹, dont elle justifiait la compétence, cette doctrine était insoutenable et Laferrière l'a prouvé par une démonstration qui ne peut être réfutée². Il est constant que les rédacteurs du Code civil, en un temps d'omnipotence administrative, ne songeaient aucunement à soumettre la responsabilité de l'administration aux règles de droit commun. C'eût été, en leur temps, faire une espèce de révolution juridique dont ils n'auraient pas eu le goût et dont, en tous cas, l'importance eût été soulignée dans les travaux préparatoires, qui en fait ne contiennent rien sur la question. La lettre des textes ne condamne pas moins cette interprétation que leur esprit. Les mots d'homme, de commettant, de préposé, qu'emploie le Code indiquent suffisamment qu'il ne prévoit que des rapports de droit civil entre des personnes privées. Il est singulier que ce soit précisément l'école de l'exégèse qui porte la responsabilité de cette

1. Cass. civ., 1^{er} avril 1845, D., 1845.1.261 ; 19 décembre 1854, D., 1854.1.38. Lorsqu'elle eut cessé de statuer sur les actions en responsabilité à raison d'une faute d'un service public de l'Etat ou du département, l'autorité judiciaire, qui continua assez longtemps à se reconnaître compétente sur toutes les actions en responsabilité dirigées contre la commune, trancha ces contestations, par application des articles 1382 et 1384 (Cass. req., 16 mars 1881, D., 1881.1.194). En 1905, elle introduisit dans sa jurisprudence la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, ne déclara pouvoir faire application qu'à ces derniers des règles du Code civil, et au surplus se déclara incompétente pour apprécier les conséquences dommageables des premiers (5 avril 1905, *Bull. Cass. civ.*, 1905, p. 61). (Voir Tessier, ouvrage précité, d'après lequel nous résumons cette évolution). Le dernier terme de l'évolution est dans l'arrêt *Commune d'Eyguières* du 26 février 1912 (S., 1913.1.17) adoptant la thèse des arrêts du Conseil d'Etat de *Fonscolombe* et *Thérond* (11 avril 1908 et 4 mars 1910) : les conséquences dommageables des services publics communaux doivent être appréciées par la justice administrative. Mais il est curieux de constater que quelques arrêts reviennent de temps en temps aux anciens errements, par exemple, Cass. crim., 15 mars 1923, D., 1923.1.137, note Appleton ; 28 mai 1930, S., 1930.1.193, note Bonnard.

2. *Jurid. adm.*, 2^e édit., p. 667.

doctrine. — La preuve que le système n'est pas bon résulte encore de l'impossibilité d'accepter ses conséquences logiques. M. Teissier¹ a montré à quoi on aboutirait par une exacte application du Code civil. Toute faute du fonctionnaire, même légère (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*), engagerait sa responsabilité personnelle et directe, par application de l'article 1382, nonobstant la responsabilité que l'article 1384 ferait peser sur l'Etat. Condamné pour des fautes de ses préposés, l'Etat pourrait se retourner contre ceux-ci pour leur réclamer le montant des dommages-intérêts qu'il a été obligé de payer, chaque fois du moins que l'acte dommageable n'a pas été accompli sur l'ordre d'un supérieur. La responsabilité de l'Etat serait engagée quel que soit le caractère de la faute, fût-elle une pure voie de fait, si l'agent était alors matériellement dans ses fonctions.

Le Conseil d'Etat n'avait jamais été convaincu par la thèse civiliste² et un des premiers actes du Tribunal des conflits réorganisé fut de la condamner dans les propres termes qu'avait employés le Conseil d'Etat : « .. la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ... ». Cet arrêt — l'arrêt *Blanco*³ — allait devenir l'un des quatre ou cinq arrêts de principe qui dominent le contentieux et le droit administratifs.

II

L'application abusive des articles 1382 et 1384 étant ainsi écartée, quelle règle de droit allait présider à la res-

1. *Loc. cit.* (dans Béquet, t. XXIII, p. 154).

2. Conseil d'Etat sur conflit, *Rothschild*, 6 décembre 1855, *Rec.*, p. 707.

3. Tribunal des conflits, 1^{er} février 1873, *Rec.*, 1873, 1^{er} supplément, p. 61.

pensabilité de la puissance publique ? Il ne faut pas craindre de répondre qu'il n'y en avait aucune.

Si l'on écarte les textes du Code civil, a-t-on dit, les règles qu'il consacre n'en subsistent pas moins comme applications d'un principe supérieur en vertu duquel tout dommage causé oblige son auteur à le réparer¹. Il est vrai que, en dehors de tout texte, l'Etat pouvait se sentir obligé en équité à réparer dans la mesure du possible les dommages causés par le fonctionnement de ses services ; mais un principe d'équité n'est pas un principe de droit. Ce qui distingue la règle de droit du vague sentiment de l'équité c'est qu'elle a un contenu déterminé, un contour bien arrêté, une sanction assurée. Or que lit-on dans les considérants de l'arrêt *Blanco* ? Que la responsabilité de l'Etat « n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Quelle est cette prétendue règle de droit dont on ne peut dire, même approximativement, à quoi elle oblige ? Jacquelin n'exagérerait pas en disant que la juridiction administrative statue dans cet arrêt « exactement comme le ferait un supérieur hiérarchique saisi d'une demande gracieuse »².

Si cette considération n'était pas exacte il faut avouer alors le bien-fondé de cette critique souvent adressée par la doctrine à la jurisprudence de l'arrêt *Blanco*, d'avoir mêlé le point de vue du fond du droit au point de vue de la compétence. En écartant l'application de l'article 1384 on s'écarterait pas nécessairement par cela même la compétence judiciaire, et inversement on peut soutenir l'application du Code civil nonobstant la compétence administrative³. Dans tous les cas le Tribunal des conflits

1. Teissier, *eod. loc.*

2. *Les principes dominants*, p. 279.

3. Michoud, étude précitée de la *Revue du droit public*, 1895, t. I, p. 406 et II, p. 28-29 ; Geny, *Du droit sur les lettres missives*, t. I, p. 128 et suiv. ; Berthélemy, Intervention à la société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 516-517 ; *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e édit., p. 95.

urait commis l'erreur — qui serait presque un excès de pouvoir¹ — d'examiner la question au fond, alors qu'il n'avait qu'à départager les compétences, et d'avoir déduit la compétence de cet examen du fond. Non que le Tribunal des conflits ne puisse jamais résoudre par l'examen du fond les problèmes de compétence qui lui sont posés. Ce qui apparaît contestable c'est la pertinence des motifs par rapport au dispositif de l'arrêt *Blanco*. Relisons l'arrêt, il n'est pas long : « Considérant que l'action intentée par le sieur Blanco contre le préfet du département de la Gironde, représentant l'Etat, a pour objet de faire déclarer l'Etat civilement responsable, par application des articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, du dommage résultant de la blessure que sa fille aurait éprouvée par le fait d'ouvriers employés par l'administration des tabacs — Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier — Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés — *Que dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître* ». Qu'importe que la règle de droit à appliquer soit celle de l'article 1384, ou une autre ? On ne voit pas pourquoi le Conseil d'Etat serait absolument inapte à appliquer l'article 1384 et, inversement, les tribunaux judiciaires à suivre un autre principe juridique.

Il n'y a qu'un moyen de rendre compte de cette jurisprudence et de faire tomber l'objection doctrinale : c'est de dire, en utilisant un mot célèbre, que, une fois écartés les

1. C'est l'avis de M. Luchet qui dans sa thèse précitée (intitulée précisément *L'arrêt Blanco*) fait, avec un talent un peu exubérant, une violente et intéressante critique de cette jurisprudence.

textes du Code civil, il n'y avait plus que l'équité pour tempérer le privilège. Il faut alors convenir aussi que cet arbitrage des vœux de l'équité et des intérêts publics pouvait aller au Conseil d'Etat, non en tant que juge de l'administration, mais en tant qu'il en est la « conscience ».

Mais s'il en est ainsi, doit-on dire avec Jacquelin¹ que l'arrêt *Blanco* « nous rejette très loin en arrière et en pleine période d'absolutisme » ? Dans l'absolutisme, nous y sommes alors, sans doute, et il faut bien que le Tribunal des conflits le constate. Si nous allons en sortir pourtant, c'est par la voie que marque l'arrêt *Blanco*.

L'Etat est honnête homme, comme on sait, et à ce titre, il n'est pas insensible aux infortunes que causent parfois dans leur marche ses services. Mais, au xix^e siècle, il est susceptible, encore mal dégagé de la conception impérialiste et métaphysique de la puissance publique. Un principe juridique général de responsabilité lui paraîtrait une sujétion et une entrave intolérables, peut-être pour ses finances un péril difficile à évaluer. Il prendra donc assez facilement l'habitude d'accorder des indemnités pourvu que ce soit à titre gracieux et sans y être rigoureusement contraint dans tous les cas². Ainsi son autorité sera sauve dans le même temps que l'équité satisfaite. Sans doute les particuliers sont moins bien garantis lorsqu'au lieu de revendiquer un droit ils doivent solliciter une faveur. Mais à ce point de vue ils sont moins exigeants que les juristes et lorsqu'ils reçoivent dans la plupart des cas une réparation pécuniaire convenable, ils se soucient assez peu de son fondement.

* * *

Au surplus, peu à peu, par ce phénomène que nous avons

1. *Loc. cit.*, p. 279.

2. On objectera que l'Etat s'est bien laissé quelque temps condamner par les tribunaux judiciaires appliquant le Code civil. C'est vrai, mais il y avait alors la ressource, dont on ne se privait pas, d'élever le conflit, le juge des conflits n'étant autre que le Conseil d'Etat.

décrit de transformation en règles juridiques des libres aménagements du pouvoir discrétionnaire, la faveur habituelle se transformera en un droit véritable. Dès avant l'arrêt *Blanco*, vers la fin du Second Empire, le Conseil d'Etat alloue des indemnités pour des dommages causés par des services publics, même par les services de police¹. Malencontreusement interrompue quelques années par la distinction des actes de gestion et des actes d'autorité, et par l'exclusion de toute responsabilité à l'occasion de ces derniers², cette jurisprudence se rétablira bientôt par l'arrêt *Tomaso Grecco*³, aux conclusions de M. Romieu. Les faveurs auxquelles on s'accoutume cessant vite d'être considérées comme des faveurs, on peut dire qu'aujourd'hui une véritable règle de droit impose la responsabilité de l'administration.

III

Lorsqu'on veut énoncer pourtant avec précision les règles de la responsabilité administrative, on est ordinairement conduit à des formules ou bien incomplètes ou bien grossièrement inexactes.

La formule est évidemment incomplète si l'on pose la faute de service comme condition de la responsabilité de la puissance publique, car il y a une responsabilité « objective »⁴. Et d'autre part, si l'on systématise brutalement les

1. *Guilbaud*, 26 février 1863, *Rec.*, p. 188 ; *Mallet*, 6 avril 1870, *Rec.*, p. 404.

2. *Larbaud*, 23 juin 1882, *Rec.*, p. 604 ; *Puech*, 12 décembre 1884, *Rec.*, p. 894 ; *Cazeaux*, 13 janvier 1893, *Rec.*, p. 4.

3. Le 10 février 1905, *Rec.*, p. 139.

4. La responsabilité objective, c'est-à-dire sans faute, peut être fondée sur deux idées différentes dont la seconde seule est spéciale au droit administratif : l'idée que l'on doit garantir les tiers des *risques exceptionnels de voisinage* auxquels on les soumet par son activité et l'idée que *les particuliers ne doivent pas souffrir dans une mesure inégale* des services publics entrepris dans l'intérêt de tous. Aboutissant aux mêmes résultats pratiques, ces deux idées sont généralement confondues et prises l'une pour l'autre en droit administratif. On ne prendra donc pas soin de les distinguer dans la suite de cet exposé.

quelques cas de responsabilité sans faute en posant comme règle juridique et comme fondement de la responsabilité le principe de l'égalité devant les charges publiques, on décrit peut-être ce que sera un jour la jurisprudence, mais à coup sûr on donne une image inexacte de son état actuel.

La vérité nous paraît être que la responsabilité juridique de la puissance publique est complétée d'une certaine frange d'équité et d'indemnisation gracieuse.

Quels sont en effet les cas dans lesquels le Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'Etat ou des personnes morales de droit public ?

a) C'est d'abord en cas de faute de service (faute contre la légalité, l'habileté, la prudence, ou même la moralité) à condition que cette faute présente une gravité suffisante en égard à la nature du service considéré et des difficultés qu'il rencontre dans sa tâche. Ici, il n'y a pas de doute, la responsabilité pour faute de service est aujourd'hui exigée par une règle de droit incontestable.

b) En dehors de cette responsabilité pour faute, il y a un cas où le Conseil d'Etat applique intégralement le principe de la responsabilité objective et où l'on peut dire que l'égalité des citoyens devant les charges publiques est la base juridique de sa jurisprudence : c'est en matière de travaux publics¹. La réparation des dommages permanents causés aux propriétés par l'exécution d'un travail public n'a jamais été subordonnée qu'à la démonstration d'un rapport de causalité directe entre l'ouvrage et le dommage.

En ce qui concerne les accidents causés aux choses et aux personnes par le fait de l'ouvrage public, la jurisprudence, qui fut longtemps douteuse, applique nettement aujourd'hui le même principe que pour les dommages

1. Rouast, *Du fondement de la responsabilité des dommages causés aux personnes par les travaux publics*, thèse, Lyon, 1910.

permanents¹ (Mais elle traite différemment les tiers et les usagers des services publics, de sorte qu'il faut introduire une exception dans l'exception : si la responsabilité pour risque est de droit commun en matière d'ouvrages publics, les usagers qui auront subi quelque dommage en utilisant l'ouvrage public devront apporter la preuve que leur accident est dû à un vice de construction ou à une insuffisance d'entretien ayant un caractère anormal et nettement caractérisé)².

c) On peut voir, peut-être, une autre application de la théorie du risque dans la responsabilité qui incombe à l'Etat pour les accidents causés par la circulation de ses automobiles³. Si l'on appliquait le droit commun de la responsabilité pour faute de service, il faudrait prouver la faute du conducteur de la voiture qui a causé l'accident. Or une telle démonstration, qui serait difficile, n'est pas nécessaire, car le Conseil d'Etat, tenant compte « des conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile à l'heure actuelle », établit une présomption de faute à la charge du conducteur qui a causé l'accident⁴. On reste dans le cadre de la responsabilité pour faute de service en ce que cette présomption peut être détruite par la démonstration que l'accident est dû à un cas fortuit ou, à plus forte raison, à une cause étrangère ou de force majeure. Mais cette présomption elle-même est fondée sur l'idée de risque et on peut penser qu'en l'établissant sans s'appuyer sur aucun texte le Conseil d'Etat s'inspirait de l'équité plutôt que du droit, étant donné, on le verra par

1. Conseil d'Etat, 25 janvier 1929, *Sous-secrétaire d'Etat des P.T.T.*, S., 1929.III.8, avec une note de M. Bonnard.

2. Conseil d'Etat, 20 mars 1926, *Grimaud*, *Revue du droit public*, 1926, p. 258 ; conclusions de M. Rivet, commissaire du gouvernement.

3. On trouve une étude détaillée de la jurisprudence en matière d'accidents causés par les automobiles militaires dans la thèse du commandant Henry Clerc, Paris, 1932.

4. Conseil d'Etat, 22 décembre 1924, *Société d'assurance mutuelle Les travailleurs français*, S., 1926.III.1, note Hauriou.

la suite, que le risque n'est pas dans l'état actuel du droit une base juridique à la responsabilité de la puissance publique. Quoiqu'il en soit, et même si l'origine en est purement équitable, cette règle peut être considérée maintenant comme liant juridiquement l'Etat, et on ne peut voir dans la matière des accidents d'automobiles (ou dans celles des accidents d'avions, de motocyclettes, etc...) l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et gracieux d'indemnisation.

d) On pourrait être tenté aussi de chercher si dans le cas, non plus de faute de son service, mais de faute personnelle de l'un de ses agents, il n'y a pas application de l'idée du risque en ce que l'Etat garantirait l'insolvabilité éventuelle de l'agent coupable. On a remarqué¹ que déjà les conclusions de M. Léon Blum dans l'affaire *Lemonnier* pourraient bien contenir une invitation discrète à marcher dans cette voie. Il ne s'agissait que de la possible coexistence de deux responsabilités mais on y trouve des passages qui ne laissent pas d'être un peu troublants : « Cependant, si elle (la faute personnelle) a été commise *dans le service, ou à l'occasion du service*, si les moyens et les instruments de la faute ont été mis à la disposition du coupable par le service, si la victime n'a été mise en présence du coupable que par l'effet du jeu du service, si, en un mot, le service a conditionné l'accomplissement de la faute ou la production de ses conséquences dommageables vis-à-vis d'un individu déterminé, le juge administratif, alors, pourra et devra dire : la faute se détache peut-être du service ; c'est affaire aux tribunaux d'en décider ; mais le service ne se détache pas de la faute. Alors même que le citoyen lésé posséderait une action contre l'agent coupable, alors même qu'il aurait exercé cette action, il possède et peut faire valoir une action contre le service... »². Ou l'expression de M. Léon Blum dépassait sa pensée, ou sa pensée dépassait la notion traditionnelle de la faute du service.

1. Giuliani, thèse précitée de Lyon, 1933.

2. Conclusions rapportées au S., 1918-19.III.42.

Dans ces dernières années on trouve en effet quelques arrêts qui mettent ainsi une indemnité à la charge de l'Etat alors qu'aucune faute de service n'est démontrée en plus de la faute personnelle d'un agent.

On peut laisser de côté les arrêts *Compagnie générale de colonisation du Congo français*¹, *Carretier*², *Lempereur*³, *Fermentel*⁴, où la question se complique soit de l'existence d'une obligation contractuelle soit d'une responsabilité particulière à la matière des réquisitions militaires.

Plus caractéristiques sont les arrêts *Rapin*⁵, du 9 novembre 1928, et *Guiraud*⁶, du 18 mars 1932.

Dans l'affaire *Rapin* il s'agissait du dommage causé par un aviateur militaire qui avait commis des imprudences graves constituant certainement une faute à lui personnelle. Le Conseil d'Etat déclara que « la circonstance que cet accident serait la conséquence d'une faute commise par le pilote de l'avion militaire, laquelle aurait le caractère d'une faute personnelle de nature à entraîner la condamnation de ce pilote à des dommages-intérêts, ne saurait priver la victime ou ses ayants cause du droit de poursuivre contre l'Etat, responsable du fonctionnement du service public incriminé, la réparation du préjudice souffert... ». L'Etat est déclaré responsable du fonctionnement du service sans qu'il soit question d'aucune faute de ce service.

Dans l'affaire *Guiraud* une veuve demandait des dommages-intérêts pour la mort de son mari qui, en manifestant lors de l'inauguration d'un buste à l'ancien président du conseil Combes, avait été atteint d'un coup de revolver par un garde mobile du service d'ordre. Le Conseil d'Etat, constatant que le garde mobile avait manqué de sang-froid et commis par sa précipitation à faire feu une faute grave,

1. Conseil d'Etat, 12 février 1909, *Rec.*, p. 153.

2. Conseil d'Etat, 25 juin 1909, *Rec.*, p. 616.

3. Tribunal des conflits, 6 mai 1918, *Rec.*, p. 419.

4. Tribunal des conflits, 17 juin 1918, *Rec.*, p. 595.

5. S., 1929.III.22.

6. S., 1932.III.118.

admit la responsabilité de l'Etat sans faire allusion à aucune faute de service. Mais la portée de cet arrêt reste discutable. La faute de service qui n'est pas visée dans les considérants de l'arrêt existait peut-être néanmoins. Le garde mobile fautif croyait sans doute faire son devoir en utilisant cette manière un peu sommaire de rétablir l'ordre. On ne voit pas dans cet acte l'homme avec ses passions mais le serviteur de l'ordre public avec les imprudences et les maladresses qu'il peut commettre quelquefois. Dans une espèce tout à fait semblable, où c'était cette fois un agent de police qui s'était trop pressé d'avoir recours à l'*ultima ratio* des services d'ordre, le Conseil d'Etat décida que cette coupable précipitation constituait « une faute grave à la charge du service public de police »¹.

Dans le plus grand nombre des cas, le Conseil d'Etat exonère la collectivité chaque fois que le service public n'a commis aucune faute et que le dommage est seulement imputable à la faute personnelle d'un agent. Ainsi les arrêts *Dourdent*² et *Gaspard*³, des 19 mai et 23 juin 1922, dénieient la responsabilité de l'Etat pour les meurtres commis par des travailleurs chinois recrutés pour les besoins de la défense nationale. Plus récemment l'arrêt *Larose*⁴ rejette la demande d'indemnité fondée sur l'accident causé à un ouvrier de la voie par une bouteille lancée d'un train spécial militaire, étant donné qu'aucune faute n'est établie à la charge de l'autorité.

En résumé si, en dehors de toute faute d'un service public, l'Etat garantit quelquefois le paiement des indemnités dues par ses agents aux victimes de leurs fautes personnelles, il faut bien que ce soit par faveur car il ne le fait pas toujours. S'il y a dans notre matière une application de l'idée de risque social (ce qui n'est pas certain), cette idée n'a pas ici la valeur d'un principe de droit mais d'un principe d'équité.

1. 6 février 1935, *Montillier, Rec.*, p. 160.

2. et 3. S., 1924.III.9, note Hauriou.

4. 30 octobre 1934, *Rec.*, p. 988.

e) L'application de la théorie de l'égalité devant les charges publiques ne se limite pas à ces matières spéciales ; elle a théoriquement un champ illimité car tout service public peut à un moment donné imposer à quelque personne un sacrifice dépassant les inconvénients normaux inhérents à la qualité d'administré. En fait les arrêts qui s'appuient sur elle se comptent facilement sur les doigts, ce qui est un bien petit résultat pour une si grande théorie.

Le premier, l'arrêt *Cames*, date de 1895¹ : ce n'est donc pas une jurisprudence nouvelle. Le sieur Cames était un ouvrier d'arsenal qui en forgeant un morceau de fer au marteau-pilon avait reçu dans la main gauche un éclat de métal qui détermina l'atrophie du membre. Il n'avait commis aucune faute, aucune imprudence, mais le service non plus. On est en présence du « fait de l'industrie, de l'accident anonyme » suivant les termes du commissaire du gouvernement. Or la victime, qui n'était affiliée à aucune caisse de secours, n'avait aucun droit à pension. L'Etat ne pouvait la laisser avec l'indemnité très insuffisante que le ministre de la Guerre avait consenti à lui octroyer.

Le commissaire du gouvernement, M. Romieu, après avoir démontré avec beaucoup de soin que le Code civil ne pouvait être appliqué dans la matière, eut à se demander sur quelle base il fallait asseoir l'indemnité que l'on était moralement obligé d'accorder au requérant. Sans l'avouer trop nettement, il laisse entendre que le Conseil d'Etat peut, dans les circonstances où l'équité le réclame, accorder ce qui n'est pas exigible en droit. « Si donc, dit-il, l'Etat n'est pas lié par les textes du droit civil et par l'interprétation qu'en ont donné les tribunaux ordinaires, *il appartient au juge administratif d'examiner directement, d'après sa conscience, et conformément aux principes de l'équité*, quels sont les droits et les obligations réciproques de l'Etat et de ses ouvriers... Nous estimons, quant à nous, qu'en l'absence d'un texte

1. S., 1897, IIL33, conclusions Romieu, note Hauriou.

qui s'y oppose, la justice veut que l'Etat soit responsable vis-à-vis de l'ouvrier des dangers que lui fait courir sa coopération au service public ». Sur ces conclusions le Conseil décide que « dans les circonstances où l'accident s'est produit le ministre de la Guerre n'est pas fondé à soutenir que l'Etat n'a encouru aucune responsabilité, et qu'il en sera fait une exacte appréciation en fixant l'indemnité due au sieur Cames à ... etc... ».

M. Romieu n'insiste même pas sur l'idée de risque professionnel et si l'arrêt consacre cette idée, comme le soutint Hauriou et comme on l'estime après lui, c'est par préterition. Les journaux de droit de l'époque, *Le Droit* du 23 juin 1895 et *La Loi* des 7 et 8 juillet 1895 cités dans la note, sont assez fondés à croire que le Conseil d'Etat a statué purement et simplement *en fait*.

— Vers le milieu de la guerre le fort de la Double-Couronne, aux environs de Paris, où l'autorité militaire avait accumulé un important stock de grenades, fit explosion. L'explosion causa naturellement des dommages aux immeubles voisins et les propriétaires lésés demandèrent une indemnité à l'Etat. Le Conseil d'Etat statua sur ces réclamations le 28 mars 1919, arrêt *Regnault-Desroziers*¹.

Il était délicat de dire que l'administration était en faute. Sans doute on pouvait soutenir que toutes précautions n'avaient pas été prises, que la fabrication des grenades n'était peut-être pas exempte de défauts, de même leur emballage, qu'il était imprudent de constituer un pareil dépôt de munitions à proximité d'une agglomération, etc... Mais il ne faut pas oublier que l'administration faisait la guerre. On ne peut exiger d'elle dans ces moments-là une prudence méticuleuse. Refusant donc de suivre son commissaire du gouvernement, M. Corneille, qui avait conclu à l'indemnité pour faute de service conformément au droit commun, le Conseil d'Etat déclare qu'en constituant ce dépôt de gre-

1. S., 1919.III.25, note Hauriou.

nades l'administration avait créé des « risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage, et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'Etat ».

— Un cas tout à fait analogue fut résolu de la même façon dans l'arrêt *Compagnie P.L.M.*¹, le 26 mars 1920. L'atelier de chargement de Moulins, où avait été accumulée une grande quantité d'explosifs pour les besoins militaires, fit explosion par suite d'un attentat. La Compagnie P.L.M. qui avait subi de ce fait un important dommage reçut satisfaction, mais non sur la base de la faute de service par elle alléguée.

— La même année, le Conseil d'Etat eut à statuer sur les conséquences de l'explosion du cuirassé *Liberté*, survenue le 25 septembre 1911². Un matelot canotier à bord d'un navire voisin avait été tué par un éclat de fonte provenant de ladite explosion. Or la législation sur les pensions de l'armée de mer applicable au moment de l'accident n'ouvrait aucun droit aux ascendants des marins morts d'un accident de service. Aucune régigence ne semblait avoir été commise par la marine, l'enquête avait montré qu'aucun règlement n'avait été violé et que l'inflammation des poudres ne pouvait être expliquée. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat fait encore appel au risque exceptionnel susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat en cas d'accident.

— Voici maintenant le célèbre arrêt *Couitéas*³. L'affaire est extrêmement complexe dans sa genèse et dans ses détails, mais simple si on ne retient que l'essentiel, et clairement résumée dans les conclusions de M. Rivet. Le sieur Couitéas avait — peu importe à la suite de quelles péripéties — obtenu un jugement du tribunal de Sousse,

1. *Rec.*, p. 354.

2. Conseil d'Etat, *Colas*, 21 mai 1920, *Rec.*, p. 530.

3. S., 1923.III.57, conclusions Rivet, note Hauriou.

en Tunisie, ordonnant qu'il soit maintenu en possession d'un domaine dont des tribus arabes ne voulaient pas partir, pensant qu'un usage immémorial leur donnait quelque droit à y demeurer. Pour l'exécution de ce jugement le procureur de la République requiert le commandant d'armes de Sousse, mais celui-ci en réfère à ses chefs, qui à leur tour ne se pressent pas d'agir. Le sieur Couitéas, après avoir sommé en vain le général commandant le corps d'occupation en Tunisie et le résident général, apprend finalement que le gouvernement français se refuse à engager l'expédition militaire qui seule pouvait assurer le respect de ses droits. Il demande alors au Conseil d'Etat une indemnité représentant le dommage à lui causé par la non-exécution du jugement.

Y avait-il une faute de la part de l'administration et du gouvernement ? Incontestablement il y avait une illégalité, M. Rivet ne le nie pas ; mais enfin pouvait-on risquer un soulèvement en Tunisie et de réveiller peut-être les passions de l'Islam pour assurer au sieur Couitéas la jouissance de son domaine ? Et d'autre part il était choquant que le droit du requérant fût sacrifié sans compensation à l'intérêt général et à la raison d'Etat. On se tire élégamment de la difficulté en allouant au sieur Couitéas une indemnité fondée, non pas sur la faute de l'administration, mais sur la nécessité de compenser le préjudice anormal et spécial qu'il a subi.

— Le même procédé est utilisé dans l'arrêt *Walther*¹, du 24 décembre 1926. Le maire de Marseille, en vue d'enrayer une épidémie, avait ordonné aux sapeurs-pompiers de mettre le feu à un immeuble contaminé. L'opération avait trop bien réussi et le feu s'était étendu aux immeubles voisins. Même dilemme, *mutatis mutandis*, que dans l'arrêt *Couitéas*. Va-t-on dire que l'administration est en faute ? Elle a agi sous l'empire de la nécessité. Va-t-on laisser sans

1. S., 1927.III.34.

réparation les dommages causés ? — En invoquant le risque social on se dégage de cette alternative embarrassante.

— L'arrêt *Beleau*¹, du 2 mars 1932, ressemble beaucoup à l'arrêt *Cames*. Un interne dans un sanatorium avait été blessé d'un coup de revolver par un malade auquel il faisait une piqûre. Bien qu'on ne pût relever aucune faute de service, le Conseil d'Etat accorde l'indemnité.

f) Cette revue, peut-être fastidieuse pour le lecteur, des arrêts qui consacrent la responsabilité sans faute, était nécessaire pour montrer les circonstances particulières dans lesquelles ils sont intervenus. C'est en somme toujours la même hypothèse : l'équité commande impérieusement une indemnisation alors qu'on ne peut ou ne veut déclarer le service en faute. Le Conseil d'Etat ne se croira pas tenu aux limites du droit et accordera l'indemnité. Le principe de l'égalité des charges de la vie commune interviendra comme principe d'équité.

Est-ce seulement un principe d'équité ? Quelques publicistes le nient, en quoi ils sont moins positivistes qu'ils le croient.

Si c'était un principe de droit on ne voit pas pourquoi on en restreindrait arbitrairement les applications. L'égalité devant les charges publiques, idéal rarement atteint, pourrait être toujours poursuivi par d'innombrables recours. Déjà surchargé, le Conseil d'Etat s'épuiserait dans la poursuite de cette Chimère, sans atteindre peut-être au succès de Bellérophon².

La théorie de la responsabilité pour faute aurait dû disparaître, absorbée. Si tout préjudice anormal et spécial

1. *Rec.*, p. 250.

2. Par la force des choses l'admission de la responsabilité objective ne peut entraîner dans la matière des travaux publics que des conséquences limitées et assez peu différentes de celles qui découleraient du principe de droit commun. Mais il en irait différemment dans la plupart des autres domaines.

causé par le fonctionnement d'un service devait être réparé, qu'il y ait faute du service ou pas, on se demande quel serait l'intérêt d'examiner si cette condition de faute est réalisée. La règle générale rendrait inutile la règle spéciale. Dire que la responsabilité pour risque est subsidiaire de la responsabilité pour faute ne serait, dans cette hypothèse, qu'une absurdité manifeste. Ce serait dire que pour savoir si un animal est quadrupède, il faut d'abord examiner s'il entre dans la catégorie des chiens, et à défaut compter s'il a quatre pattes.

Il est trop facile de montrer que la jurisprudence continue à se placer sur le terrain de la faute. Un mortier explose au cours d'une fête publique et blesse le receveur buraliste de l'endroit qui contemplant le spectacle ¹. Le Conseil d'Etat prend soin de constater que le maire avait commis une faute en confiant ce mortier à une personne inexpérimentée, étant donné surtout l'état de vétusté de l'engin, et alors que, en outre, n'avaient pas été édictées les dispositions de police nécessaires pour mettre les assistants à l'abri des accidents susceptibles de se produire. Ceci posé, il condamne la commune. A l'inverse, voici une malade qui, entrée à l'hôpital, y décède, et non des suites de sa maladie mais de brûlures dont elle a été victime à l'hôpital même. Le Conseil d'Etat ne relève aucune faute de la part de l'hôpital et en conséquence dénie la responsabilité ². Il va sans dire qu'on ne cite ces deux arrêts qu'à titre d'exemple mais qu'on pourrait en produire autant qu'on veut, admettant la responsabilité parce qu'il y a faute de service ou la niant parce que la faute n'est pas démontrée.

La conclusion qui s'impose alors, c'est que le principe de l'égalité devant les charges publiques n'est pas un principe juridique. C'est un principe de justice idéale et abstraite

1. *Bissière*, 27 mars 1935, *Rec.*, p. 404.

2. *Grand Claude*, 2 janvier 1935, *Rec.*, p. 8.

dont on pourra déduire des règles juridiques très différentes — aussi différentes que la règle de l'impôt proportionnel l'est de la règle de l'impôt progressif. En en faisant application le Conseil d'Etat se conduit comme un administrateur, suivant son sentiment, et non comme un juge, suivant le droit. Ce n'est pas assez dire que l'origine de la responsabilité de l'Etat est essentiellement gracieuse, car l'équité a encore sa place aujourd'hui pour compléter la règle de droit et peut-être préparer ses futurs développements.

IV

L'exactitude de ce point de vue qui attribue une origine gracieuse à la responsabilité de la puissance publique en France, se trouve indirectement confirmée par l'étude des pays où, faute de l'existence d'un organisme analogue à notre Conseil d'Etat, cette responsabilité n'a pu se constituer par la consolidation juridique d'une pratique d'équité. Elle est alors restée à un stade de développement très inférieur. Bien entendu il serait vain de comparer notre droit à celui des pays qui ne sont pas au même degré de civilisation ou qui ne vivent pas dans le même climat sociologique ; mais la comparaison pourra être féconde si l'on prend des pays voisins où les exigences de la conscience collective comme l'état des mœurs sont tout à fait semblables.

a) Le régime administratif anglo-saxon¹ est d'autant plus intéressant à examiner sur ce point qu'il se donne

1. Sur ce système anglo-saxon, V. Garner, *La conception anglo-américaine du droit administratif*, *Mélanges Hauriou* ; Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration* (Chap. II, section première). On trouve chez ces deux auteurs, outre d'excellentes synthèses, la bibliographie générale du sujet. Mentionnons seulement dans la littérature en langue anglaise une étude qui se rapporte directement à l'objet de ce chapitre : Borchard, *Governmental responsibility on tort*, *Yale Law Journal*, 1926, t. XXXVI, p. 17.

comme protecteur de l'individu, à l'encontre de notre système qui serait une tyrannie bureaucratique digne d'un autre âge. Par conséquent si les droits individuels se trouvaient parfois sacrifiés dans les institutions anglo-saxonnes, ce ne serait assurément pas par une volonté systématique de faire passer l'administration avant l'individu. Bien au contraire, il est de principe dans ce droit que l'administration ni les fonctionnaires ne jouissent d'aucun privilège, d'aucune situation prééminente, ce que Dicey exprime en disant « qu'il n'existe pas en Angleterre de véritable droit administratif »¹.

Or c'est un principe en Angleterre que si d'après le *common law* tout fonctionnaire peut être poursuivi devant les tribunaux ordinaires pour y répondre de ses actes, l'Etat par contre n'est pas responsable de ses fautes ou de celles de ses agents et ne peut être poursuivi en réparation des dommages causés par le fonctionnement de ses services que s'il y consent expressément. Il existe une procédure qui permet d'actionner en justice la Couronne : la pétition de droit (*petition of right*). C'est une supplique adressée à la Couronne et tendant à ce qu'elle veuille bien permettre que l'affaire soit jugée par les tribunaux. Cette requête est, paraît-il, très généralement accueillie. Mais il faut remarquer que cette procédure ne peut servir qu'à obtenir des dommages-intérêts pour inexécution d'un contrat, pour violation d'une propriété ou encore à obtenir restitution d'objets retenus par la Couronne. Dans les autres cas l'immunité de la Couronne est absolue et elle s'étend à ses « émanations », c'est-à-dire aux fonctionnaires supérieurs et aux administrations qui sont considérés comme participant de sa majesté. Les administrations locales enfin bénéficient souvent de la même immunité².

On pourrait penser qu'il n'y a là qu'une survivance,

1. *Lectures introductory to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e édit., p. 385.

2. Garner, *op. cit.*, p. 368-369.

curieuse mais accidentelle et comme l'histoire en montre quelquefois, de la vieille règle féodale *the King can do no wrong*. L'existence de cette règle prohibitive et le traditionalisme anglais sont des facteurs particuliers à nos voisins et qui fausseraient la comparaison entre leur système et le nôtre.

Mais ces vieilles maximes, en somme, ont le sens qu'on veut bien leur donner ; souvent elles payent leur pérennité par la transformation de leur substance, comme les œuvres d'art (il y a là-dessus quelques lignes spirituelles d'Anatole France) subissent pour durer les interprétations diverses et les admirations contradictoires des générations successives. « Il y a, dit M. Garner¹, des raisons de croire que cette maxime (le roi ne peut mal faire) signifiait simplement à l'origine que le roi n'a pas le privilège de mal faire, mais dans les mains de Coke, Chitty, Blackstone et autres commentateurs, elle en vint à signifier qu'il était incapable de mal faire et à vrai dire d'après Blackstone qu'il était même incapable de se tromper. En tout cas, c'était une simple règle féodale, que le roi, comme tout autre seigneur féodal, ne pouvait être cité devant sa propre cour ». Il eut été aisé, alors que le roi n'est plus l'Etat, d'interpréter cette règle comme signifiant seulement que la personne du roi ne peut jamais être mise en cause devant les tribunaux, et ne faisant pas obstacle à la responsabilité de l'Etat. Si on ne le fit pas, c'est sans aucun doute qu'il ne paraissait pas possible, pour des raisons plus profondes, que la responsabilité de l'Etat fût ainsi établie.

La preuve en est que les Etats-Unis, sans être gênés par aucun vestige féodal, par aucune susceptibilité du pouvoir monarchique, connaissent exactement le même principe de l'irresponsabilité de l'Etat pour les dommages causés par ses agents². C'est encore à l'étude de M. Garner

1. *Loc. cit.*, p. 363.

2. A en croire M. Bonnard, mais contrairement à l'opinion dominante aux Etats-Unis, ce n'est pas tout à fait le principe anglais de l'irresponsabilité

que nous ferons appel pour en connaître les raisons. Le savant professeur de l'université d'Illinois cite l'opinion du juge Holmes, de la Cour suprême des Etats-Unis, lequel dans une affaire récente s'exprimait ainsi : « Un souverain est à l'abri de toute poursuite, non pas en vertu d'une conception formaliste ou d'une théorie surannée, mais par suite de cette idée logique et pratique qu'il ne peut y avoir de droit contre l'autorité qui fait le droit objectif sur lequel repose le droit ». Outre cette raison, on trouve d'autres explications de l'immunité de l'Etat « dans la contradiction entre l'idée de souveraineté de l'Etat et celle de sa responsabilité judiciaire vis-à-vis de simples particuliers... », dans l'idée « qu'il serait attentatoire à la dignité de l'Etat de le soumettre à des poursuites, que l'accomplissement par l'Etat de ses grandes tâches pourrait en être contrarié... »¹. En conséquence, s'il existe aux Etats-Unis une Cour des réclamations (*Federal court of Claims*) on ne peut y poursuivre la responsabilité de l'Etat pour ses actes délictuels, et l'institution ne donne guère plus de satisfactions que la *petition of right* anglaise.

b) L'exemple belge² est encore bien plus probant que l'étude du droit anglo-saxon. Nous trouvons en Belgique le même système juridique que le nôtre, à très peu de choses près, les mêmes idées et les mêmes doctrines triomphant au même moment. Toutes choses seraient égales en Belgique et en France, s'il ne se trouvait que le contentieux

qui se retrouve dans le droit américain. Aux Etats-Unis, l'Etat serait *liable*, c'est-à-dire obligé, sans être *answerable*, c'est-à-dire justiciable des tribunaux. Le seul intérêt et la seule justification de cette distinction c'est qu'elle permet d'expliquer la recevabilité des demandes reconventionnelles contre l'Etat, lorsque celui-ci est demandeur.

1. *Op. cit.*, p. 365-366.

2. Marcq, *La responsabilité de la puissance publique* ; Wodon, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique* ; Trotabas dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 182 ; Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration* (Chap. II, section IV) ; thèse Debeyre, (Lille. 1936).

administratif belge est attribué aux tribunaux judiciaires par la constitution de 1831 et qu'il a par conséquent un caractère strictement juridictionnel. Les conditions de l'expérience cruciale sont réalisées et le lien de causalité qui existe entre l'existence du Conseil d'Etat et le développement de la responsabilité de la puissance publique pourra ressortir d'une façon indubitable.

C'est l'article 1384 du Code civil qui fut appliqué à la responsabilité de l'Etat. Mais tout de suite il fallait faire une distinction entre certaines activités de l'Etat, où il était sans grands inconvénients pour lui d'être soumis à ce contrôle, et celles, plus importantes, pour lesquelles cette sujétion paraissait intolérable. La responsabilité de l'Etat fut limitée aux cas où il se présente comme une personne civile, à l'exclusion des cas où il est véritablement lui-même, c'est-à-dire puissance publique. « Les qualifications générales de commettant et de préposé, employées par l'article 1384, dit la Cour de Cassation dans l'arrêt du 24 avril 1840, doivent être restreintes au cas où des commissions ont été confiées dans un intérêt privé et pour des actes de la vie civile, et sont par là inapplicables évidemment aux charges et aux fonctions publiques nées des lois et règlements, qui intéressent l'ordre public et la bonne administration de l'Etat »¹.

Très vivement critiquée par la doctrine, la division de l'Etat en puissance publique et en personne privée devait disparaître dans la jurisprudence récente. Elle est abandonnée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 5 novembre 1920², confirmé par l'arrêt du 12 juillet 1921. Mais ce qui retenait la jurisprudence, c'était bien moins cette conception théorique de la dualité de l'activité étatique que la nature des choses elle-même. En pratique la responsabilité de l'Etat ne sera pas beaucoup moins restreinte avec la nouvelle jurisprudence. Les tribunaux belges ne se reconnaissent

1. *Pasicrisie*, 1840.1.375. V. le réquisitoire du Procureur général Leclercq, pour l'arrêt du 27 mai 1852, *Pasicrisie*, 1852.1.370.

2. *Pasicrisie*, p. 223.

en effet compétents pour statuer en matière administrative que si l'on peut invoquer contre l'Etat un véritable droit subjectif. La jurisprudence ne voit de droit subjectif pour l'individu que lorsqu'une disposition de la loi ou d'un règlement impose à l'administration une obligation destinée à la satisfaction d'un intérêt particulier. Il n'y a pas de droit pour l'individu lorsque les obligations de l'administration sont destinées à la satisfaction de l'intérêt général. En conséquence la responsabilité de l'administration ne pourra être mise en jeu que lorsqu'il aura été porté atteinte à un droit individuel ainsi défini. Ces droits individuels seront rares dans les activités nobles de l'Etat, celles précisément que l'on appelait de puissance publique.

Aussi bien, que le système belge soit insuffisant tant sur ce point particulier de la responsabilité de la puissance publique que, d'une manière générale, pour le contrôle juridictionnel de l'administration, tout le monde le reconnaît en Belgique, le roi le dit, et l'on ne dispute seulement que de la façon dont il faudra le remplacer. Dans un ouvrage qui a eu un grand retentissement¹, M. Velge a prôné la création d'un Conseil d'Etat sur le modèle de notre haute assemblée administrative : ce serait la meilleure solution. Plus timide, M. Carton de Wiart a déposé une proposition de loi tendant seulement à instituer une Cour de justice administrative, qui pourrait donner des avis, mais qui serait plus étroitement spécialisée dans sa mission juridictionnelle et qui par conséquent, à notre sens du moins, ne réaliserait pas exactement ce que la justice administrative française a de vraiment original².

1. Cet ouvrage a pour titre *L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique*.

2. Le texte de cette proposition de loi avec un exposé des motifs assez détaillé se trouve dans *La Belgique judiciaire*, 1^{er} mars 1934, n° 5. (Dans le n° 6 du même journal, 15 mars 1934, on rencontre un intéressant article de M. Moureau sur le même sujet).

V

Si la France s'est trouvée longtemps et se trouve encore très en avance sur les autres pays dans cette matière de la responsabilité de la puissance publique, cela ne peut s'expliquer seulement par cette raison trop flatteuse que notre conscience juridique a des raffinements auxquels on n'atteint pas aisément ailleurs. Il y a une raison technique, l'existence de la juridiction administrative. Mais de baptiser administrative une juridiction ne lui donne pas de vertu spéciale, si elle ne reste qu'une juridiction, et l'on n'a rien expliqué par cette raison purement verbale.

On dira, il est vrai, que c'est la spécialisation des juges qui fait ici la supériorité de la justice administrative.

C'est une raison très faible. La spécialisation a des avantages indéniables étant données la complexité et la diversité des différentes branches de la science juridique. Elle facilite le travail du juge, elle lui donne plus de compétence. Mais pourquoi lui donnerait-elle plus d'audace ? — Elle permet des solutions plus nuancées, des constructions plus cohérentes. Mais comment influencerait-elle sur la solution des grandes questions de principe ? La responsabilité de la puissance publique ne soulève pas de bien redoutables difficultés techniques, du moins tant qu'il s'agit d'en formuler les règles générales.

Scientiae omnes, a écrit Descartes dans ses *Regulae*, *nihil aliud sunt quam humana sapientia, quae semper una et eadem manet, quantumvis differentibus subjectis applicata, nec majorem ab illis distinctionem mutuatur, quam Solis lumen a rerum, quas illustrat, varietate*. A bien plus forte raison pourra-t-on dire que toutes les disciplines juridiques ne sont rien d'autre que le jugement humain, toujours identique à lui-même, quoique portant sur des objets différents. Il faut accorder que le spécialiste verra plus commodément tous ces objets dans tous leurs détails, mais il ne saurait en avoir dans les grandes lignes une vision fondamentalement

différente de celle qu'aurait tout homme intelligent possédant une forte culture juridique générale. La solution qu'il donne au problème ne peut avoir que la supériorité d'une approximation plus poussée.

Si l'on veut ne pas se contenter d'explications superficielles, il faut admettre que la juridiction administrative se comporte parfois comme un administrateur supérieur suppléant par des indemnisations gracieuses aux lacunes de la règle de droit. Par un processus qui n'est surprenant qu'en apparence, c'est en ne jugeant pas en droit mais en équité que le Conseil d'Etat a permis un si remarquable développement de la règle de droit. La consolidation juridique des pratiques habituelles d'équité s'est trouvée être le meilleur moyen, insinuant et progressif, de construire des règles de droit dans une matière où la susceptibilité de la puissance publique se serait longtemps opposée à leur édification directe. Et si quelque jour la responsabilité sans faute trouve sa formule juridique, on aura vu clairement l'équité jouer son rôle précurseur.

CHAPITRE III

ORIGINE HIÉRARCHIQUE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR

I. Les textes et les principes qui sont à l'origine du recours pour excès de pouvoir. — II. La naissance du détournement de pouvoir. — III. Le fondement hiérarchique du recours pour excès de pouvoir révélé par l'effet absolu de l'annulation.

I

Dans l'état actuel des idées juridiques on trouve tout naturel, non seulement de pouvoir opposer à l'administration l'existence des droits subjectifs qui sont expressément attribués par la loi, mais aussi de pouvoir lui imposer, dès lors qu'on y a intérêt, le respect du droit objectif. Ou encore, si l'on répugne à cette conception d'un droit objectif invoqué subjectivement, comme le dit spirituellement M. Joseph-Barthélemy, il n'est que d'accorder aux administrés des droits subjectifs au respect de certaines règles d'administration (En fait, comme il arrive souvent, la réalité a glissé entre les cornes du dilemme et le contentieux de l'excès de pouvoir n'apparaît pas comme entièrement objectif aujourd'hui ni entièrement subjectif non plus).

Si l'on cherche par contre comment le recours pour excès de pouvoir a pu historiquement naître et se développer, on s'aperçoit que son origine véritable est très différente du fondement rationnel qu'on lui attribue aujourd'hui.

Jusqu'à la loi du 24 mai 1872 le recours pour excès de

pouvoir ne pouvait s'appuyer que sur la loi des 7-14 octobre 1790 : « Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont, en aucun cas, du ressort des tribunaux, elles doivent être portées au roi, chef de l'administration générale ». Encore ce texte, voté par hasard pour régler une difficulté qui s'était élevée entre le Directoire de la Haute-Saône et la municipalité de Gray, ne fut-il pas utilisé avant la monarchie de juillet¹. Si le recours pour excès de pouvoir naquit ainsi sans texte, ce ne peut être qu'à titre de contrôle hiérarchique suprême. « Le Conseil d'Etat, dit Hauriou, s'inspira d'abord simplement des traditions de l'ancien conseil du roi, de l'esprit général et de la législation de l'An VIII, et aussi de la nature des choses, et se considéra comme chargé d'assurer en une forme contentieuse, une sorte d'autorité hiérarchique du chef de l'Etat »²...

En appuyant le recours pour excès de pouvoir sur la loi des 7-14 octobre 1790, on ne lui donnait pas un fondement nouveau. Le règlement des compétences avait été attribué au roi, c'est-à-dire à l'autorité hiérarchique suprême, et même très explicitement au roi pris en tant que chef de l'administration générale. En utilisant ce texte comme fondement de sa compétence, le Conseil d'Etat se reconnaissait nécessairement comme le supérieur hiérarchique de l'administration.

La loi du 24 mai 1872, si elle eût entendu, par la création de la justice déléguée, faire du Conseil d'Etat un simple tribunal, n'eût certainement pas pu alors lui remettre le recours pour excès de pouvoir. A cette époque la distinction paraissait certaine et évidente du recours gracieux ou hiérarchique d'une part, fondé sur la simple lésion d'un intérêt et porté devant l'administration, et du recours contentieux d'autre part, fondé sur la violation d'un droit

1. On le voit invoqué pour la première fois dans un arrêt du 15 juillet 1832, *Garde nationale de Paris*.

2. *Précis*, 12^e édit., p. 406.

et porté devant un tribunal. Or la lésion d'un intérêt a toujours suffi pour exercer le recours pour excès de pouvoir (mises à part quelques hésitations lorsque la violation de la loi devint un nouveau cas d'ouverture). On devait donc considérer le recours comme essentiellement hiérarchique. Telle est bien encore l'opinion de Jacquelin qui écrit, en 1899, que le recours pour excès de pouvoir « ... n'est pas nécessairement la sanction d'un droit ; la simple lésion d'un intérêt suffit au contraire toujours à le faire naître ; de sa nature par conséquent c'est un recours gracieux et hiérarchique... »¹.

II

A considérer le recours pour excès de pouvoir dans son développement on trouve la confirmation de l'élément hiérarchique qui était apparu au fondement de l'institution. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner la naissance du détournement de pouvoir. Sans doute, c'est aujourd'hui une règle de droit que l'administration ne peut user de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été remis. Si l'on prend aujourd'hui le contrôle du détournement de pouvoir dans son principe (et sans examiner quelques-uns de ses récents développements dont nous essayerons de montrer qu'ils sont des manifestations certaines d'un contrôle hiérarchique) on peut parfaitement lui accorder le caractère d'un contrôle strictement juridictionnel fondé sur une règle de droit actuellement bien établie et incontestable. Mais cette règle de droit n'a pas toujours existé. De la notion d'incompétence à la notion de vice de forme on a pu passer à la rigueur moyennant une simple extension de définition. Entre cette même notion d'incompétence au contraire et la notion de détournement de pouvoir il fallait franchir un seuil : passer du

1. *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 230.

contrôle de la légalité externe à un contrôle interne. Il fallait pénétrer dans le domaine discrétionnaire des mobiles de l'acte ; non plus seulement apprécier les actions mais sonder les intentions. Bien loin que ce soit une règle de droit qui ait fondé ce contrôle, c'est ce contrôle, hiérarchique à l'origine, qui a permis de naître à la règle de droit¹. Si l'on veut bien donc considérer la naissance du détournement de pouvoir et non son fondement actuel, on comprend parfaitement que Jacquelin ait pu écrire : « Avec le détournement ou abus de pouvoir éclate au plus haut degré le caractère hiérarchique du recours pour excès de pouvoir »².

Il est vrai pourtant que le recours pour excès de pouvoir n'a jamais ressemblé complètement à un recours hiérarchique ordinaire. Son exercice n'a jamais eu la physionomie d'une simple dénonciation : soumis à la justification d'un intérêt personnel, il fut toujours aussi enfermé dans certains délais. Son résultat ne fut jamais que l'annulation et non la réformation de la décision critiquée. L'existence d'un recours parallèle constitua longtemps une fin de non-recevoir très stricte opposée à son admission. Tout cela prouve seulement que le Conseil d'Etat ne peut être un supérieur hiérarchique comme les autres : sa position, au-dessus mais aussi un peu à l'écart de l'administration active, l'oblige à une certaine réserve envers celle-ci. Son caractère d'organe juridictionnel le retient nécessairement dans le contrôle hiérarchique et nuance même ses interventions dans ce domaine.

III

On pourrait terminer ces considérations en montrant qu'il y a dans la structure actuelle du recours pour excès

1. Ce qui contribue à le prouver, c'est que la jurisprudence judiciaire, si elle ne s'est pas refusée à contrôler le détournement de pouvoir, ne l'a fait qu'avec un certain retard (Beurdeley, thèse, Paris, 1928).

2. *Eod. loc.*, p. 251.

de pouvoir au moins une règle qui dénote la persistance de l'élément de contrôle hiérarchique : c'est l'effet *erga omnes* de l'annulation qui est l'aboutissement du recours. L'effet relatif des jugements n'est pas seulement une règle inscrite dans l'article 1351 du Code civil, il semble que ce soit un principe fondamental tenant à la nature de la fonction juridictionnelle : *res inter alios judicata*, lit-on dans le Digeste, *neque emolumentum affere his qui iudicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare*. Aussi Laferrière est-il conduit, pour expliquer l'effet absolu de l'annulation, à cette observation dont l'intérêt dépasse le problème qui la motive : « Il ne faut pas oublier que si l'annulation pour excès de pouvoir est un acte de juridiction, elle n'en produit pas moins, par la force des choses, l'effet ... d'une décision d'un supérieur hiérarchique. Elle avait entièrement ce caractère sous le régime de la justice retenue, lorsque c'était le chef de l'Etat qui annulait en son Conseil l'acte d'un de ses subordonnés ; elle le possède encore dans une large mesure »¹.

Cet effet absolu du recours pour excès de pouvoir ne pourrait-il s'expliquer aussi bien par cette raison que le contentieux de l'excès de pouvoir est fondé sur le droit objectif, alors que l'effet relatif des jugements est lié à une contestation sur des droits subjectifs ?

On peut hésiter, il faut l'avouer, étant donné surtout que la question de la relativité de la chose jugée a donné lieu à de multiples controverses doctrinales dont malheureusement il n'a pas jailli beaucoup de lumière. A l'appui de l'objection on pourrait invoquer que l'autorité des jugements semble calquée sur l'autorité des contrats : l'effet relatif de la chose jugée découlerait simplement de la relativité du lien juridique qu'elle constate. Cet argument pourrait trouver dans l'étude de la jurisprudence civile une confirmation partielle car les rares jugements qui ne sont

1. *Jurid. adm.*, t. II, p. 574.

pas déclaratifs mais constitutifs de droits (par exemple les jugements de divorce ou ceux qui prononcent la nullité d'un mariage) ont un effet absolu¹. Si, dira-t-on, les jugements déclaratifs ont seuls un effet relatif c'est que cet effet découle de la nature même de la situation juridique dont ces jugements font application.

Cette raison semble erronée parce que la constatation d'un lien relatif n'a pas besoin d'être elle-même, *per se*, relative pour ne pouvoir nuire ni profiter au tiers. En conséquence, l'article 1351 ne signifierait absolument rien puisque, eût-il posé la règle de l'effet absolu des jugements que rien n'eût été changé. Et même si on lui accorde quelque valeur, cette raison reste insuffisante à expliquer dans tous les cas l'effet relatif des jugements. A supposer qu'un procès porte sur l'existence d'un fait naturel (par conséquent produisant en lui-même effet *erga omnes*) comme l'existence d'un lien de filiation, le jugement qui reconnaît ce fait n'a pas l'autorité de la chose jugée vis-à-vis des tiers non parties au procès².

Il faut donc chercher une autre raison à la relativité de la chose jugée, et c'est dans la nature de la fonction juridictionnelle qu'on la trouvera. MM. Colin et Capitant³ invoquent les « principes mêmes de notre procédure civile, d'après lesquels le juge ne peut statuer que sur les faits à lui soumis et d'après les preuves à lui fournies par les parties sans avoir à cet égard aucune initiative ». Cette neutralité du juge, largement entendue, n'est pas seulement un principe de notre procédure civile qui laisse, comme on sait, les parties mener le procès et ne donne au juge que la mission de marquer les coups de ce duel judiciaire. Bien que le juge ait dans la procédure administrative — de même que dans

1. Mazeaud, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1929, p. 46 et suiv.

2. Jurisprudence constante, V. not. Civ., 23 avril 1925, D., 1925.I.201.

3. *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e édit., avec le concours de M. de la Morandière, t. I, p. 355.

plusieurs procédures civiles étrangères — un rôle plus actif que dans notre procédure civile, l'argumentation et les preuves qui lui ont été soumises par les parties n'en sont pas moins à la base de sa décision. Si les parties n'ont pas conduit le procès absolument comme elles l'ont voulu, du moins elles ont contribué pour une large part à l'édification de la sentence : il est donc naturel que la décision ne puisse s'imposer qu'à elles. C'est en somme le sens du vieux brocard : *Eadem enim debet esse ratio judiciorum in quibus videmur quasi contrahere ac conventionum* (Pothier cité par Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e édit., par M. Bartin, t. XII, p. 406) si l'on n'y voit, comme il faut le faire, qu'une comparaison, et non une identification, de l'instance en justice à un contrat.

De ce point de vue il importe peu que le jugement délimite des droits subjectifs ou applique le droit objectif, la relativité de la chose jugée s'impose également dans les deux cas. C'est donner, semble-t-il, une explication purement verbale que de justifier l'effet absolu de l'annulation sur recours pour excès de pouvoir en disant que c'est l'aboutissement d'un procès fait à l'acte et où il n'y a pas de parties. C'est seulement constater le fait, avec d'autres mots, et ne l'expliquer en rien.

C'est donc seulement en faisant appel à la notion de contrôle hiérarchique que l'on peut donner une raison satisfaisante de l'effet différent attaché d'une part à une annulation sur recours pour excès de pouvoir, et d'autre part à une décision sur un recours de plein contentieux. Emanant d'un supérieur hiérarchique, l'annulation d'un acte a naturellement la même substance juridique et les mêmes effets qu'avait l'acte annulé. L'effet absolu d'acte administratif qui lui est attaché devrait suffire à faire douter du caractère strictement juridictionnel de la décision sur recours pour excès de pouvoir.

CHAPITRE IV

LE CONTROLE

DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE¹

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

I. Qu'est-ce que la moralité administrative ? — II. Le Conseil d'Etat peut-il contrôler la moralité administrative ? — III. Ce contrôle est-il particulier à la matière de l'excès de pouvoir ? — IV. Limites de notre étude.

I

Qu'est-ce d'abord qu'il faut entendre par le terme de moralité administrative ?

Très simplement toutes les règles dont un administrateur supérieur impose le respect à ses subordonnés par l'aménagement du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Ces règles ne se confondent pas avec la morale commune, ce sont des règles de *bonne administration*. La bonne administration est une notion complexe où paraissent n'entrer que certaines règles de morale vulgaire, à côté de prescriptions techniques.

1. Il est difficile de donner une bibliographie générale de la question car il faut nécessairement qu'elle soit très incomplète ou qu'elle mentionne une foule d'ouvrages. Il faut se borner à citer ou à rappeler les études sur le pouvoir discrétionnaire de Michoud (*Annales de l'Univ. de Grenoble*, 1913-1914), Giraud (*Revue générale d'administration*, 1924), Bonnard (*Revue du droit public*, 1924), Waline (*Revue du droit public*, 1930). — V. en outre l'importante note Hauriou au S. 1917.III.25 (arrêt *Gomel*) et les thèses Grach (Paris, 1912), Chalvon-Demersay (Paris, 1922), Welter (Nancy, 1929), Goldenberg (Paris, 1932).

On pourrait se demander alors s'il est opportun d'employer le mot de moralité puisque ce n'est pas exactement de morale qu'il s'agit. Mais d'abord le mot est aujourd'hui consacré dans la langue juridique. On le trouve dans Hauriou¹, chez M. Alibert², chez M. Appleton³ et d'autres... Il fait le titre d'une thèse récente⁴. De plus il peut être intrinsèquement défendu. M. Bergson nous a appris qu'il y avait deux morales : l'une close et l'autre ouverte. Une morale qui est d'essence sociale, espèce de produit psychologique que la société secrète pour sa propre conservation ; une autre morale qui est un élan individuel vers la perfection et qui peut être en contradiction avec l'intérêt social. Ce qu'on appelle la moralité administrative n'a bien entendu aucun rapport avec cette seconde forme de morale. Mais on peut y voir à côté des dispositions purement techniques, la morale close que chaque groupement social édifie pour la réalisation de son but et qui, si elle a un objet plus limité et par conséquent des prescriptions plus précises qu'elle peut formuler en termes techniques, ne s'intègre pas moins dans la morale générale de la société dont le groupement fait partie.

Cette moralité administrative est essentiellement une discipline interne, que le supérieur hiérarchique édifie ou consacre, répétons-le, dans le domaine de liberté que la loi laisse à l'administration. Il s'ensuit que ce contrôle ne peut lui-même être qu'interne et ne peut appartenir qu'au supérieur hiérarchique. Il fait partie du contrôle de l'opportunité⁵ car ces règles de la bonne administration ne sont en somme que l'organisation de l'appréciation de l'opportunité.

1. *Précis*, 10^e édit., p. 424. Toutefois il n'est plus employé dans les éditions postérieures.

2. *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 236.

3. *Traité élémentaire du contentieux administratif*, p. 622.

4. De M. Welter, précitée : *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929. Sur la défense du terme de moralité, cf. p. 77 et suiv. les développements de M. Welter.

5. *Contra* Welter. Dans ce sens Michoud, Bonnard.

II

Cela posé, y a-t-il une impossibilité de principe à ce que le Conseil d'Etat exerce, au moins en partie, ce contrôle de la moralité administrative ? On rencontre ici une objection singulière que M. Réglade formule ainsi : « La notion de contentieux est contradictoire avec la notion d'opportunité. Lorsque le juge statue au contentieux, fait un acte juridictionnel, il résoud essentiellement une question de droit... ». D'où il résulte aux yeux de l'auteur qu'il est impossible de parler d'un contrôle du Conseil d'Etat sur l'opportunité des décisions administratives, ce serait un non-sens¹. M. Lureau dit de même que l'expression contrôle juridictionnel de la moralité administrative « contient en elle-même une contradiction ; le contrôle de la moralité administrative ne peut pas être juridictionnel, ou, s'il est juridictionnel, c'est un contrôle de légalité administrative »².

Cette objection ne porte pas contre la thèse que nous soutenons, ou bien alors c'est un parallogisme manifeste. Si elle se laisse réduire au syllogisme suivant : « un juge se définit comme contrôlant la légalité et non la moralité ou l'opportunité des actes qui lui sont soumis — or le Conseil d'Etat n'est qu'un juge — donc le Conseil d'Etat ne tranche que des questions de légalité et non de moralité », on voit que la mineure suppose déjà démontrée la conclusion. Oui, sans doute une certaine conception *a priori* du Conseil d'Etat écarte la possibilité d'admettre qu'il étende son contrôle à l'intérieur du droit, mais la question est de savoir si cette conception est exacte en fait.

Si on entend seulement que le contrôle de la moralité et de l'opportunité n'est pas juridictionnel (du moins matériellement juridictionnel), nous y souscrivons volon-

1. *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir*, *Revue du droit public*, 1923, p. 423.

2. *De l'interprétation des règlements administratifs*, thèse, Bordeaux, 1930, p. 214 note 19.

tiers, c'est notre thèse. L'objection ne touche que M. Welter qui, distinguant d'ailleurs la moralité de l'opportunité, soutient que le contrôle de la moralité peut faire partie d'une activité matériellement juridictionnelle. M. Lureau a beau jeu de montrer que de deux choses il faut choisir l'une : ou bien le contrôle est juridictionnel, et alors cette prétendue moralité administrative ne serait que la légalité, entendue au sens large et comprenant la coutume¹ ; ou bien il y a vraiment contrôle de la moralité, et alors il faudrait avouer que le Conseil d'Etat n'est pas toujours un juge, opinion que M. Welter n'est pas du tout disposé à admettre.

III

Hauriou avait considéré le contrôle de la moralité comme se rattachant à la théorie de l'excès de pouvoir et comme constituant un élément particulier à cette notion. « L'excès de pouvoir, disait-il dans sa note célèbre sous l'arrêt *Gomel*², est une sorte de délit professionnel commis au mépris, non pas de la loi, mais de maximes professionnelles dont les postulats peuvent porter beaucoup plus loin que les prescriptions de la loi. Il en est de l'administration comme des particuliers. On sait qu'un particulier peut commettre bien des vilenies en côtoyant la loi ; il en serait de même des administrateurs, si la déontologie professionnelle de l'administration n'était pas surajoutée à la loi, de même que la morale vulgaire s'y surajoute pour les particuliers. La notion de l'excès de pouvoir est ainsi beaucoup plus étendue que celle de la légalité, elle correspond à la morale, qui est plus étendue que le droit ».

L'institution du recours pour excès de pouvoir est sans

1, On fait un grand usage et un grand abus de la coutume en cette matière pour essayer de camoufler les incursions du Conseil d'Etat dans les limites du pouvoir discrétionnaire.

2. S., 1917.III.25. — V. aussi sa note sous l'arrêt *Casanova*, S., 1901.III.73 : « Le recours pour excès de pouvoir revient à ce qu'il fut toujours essentiellement, un moyen de bonne administration ... ».

doute plus marquée que la matière du plein contentieux par le caractère administratif et hiérarchique que possède à un certain degré le contrôle du Conseil d'Etat. La plupart des cas où apparaît le contrôle de la légalité appartiennent au contentieux de l'annulation. *Pourtant c'est comme un élément de la théorie de la justice administrative et non comme un élément de la théorie du recours pour excès de pouvoir que l'on doit considérer le contrôle de la moralité.* On a vu qu'il fallait accorder à la responsabilité de la puissance publique une origine bien plus gracieuse que juridictionnelle et que la jurisprudence sur le risque confirmait cette origine en montrant la subsistance d'une responsabilité fondée en équité. On verra dans la suite de ce chapitre que dans la matière même des contrats il apparaît, dans la théorie de l'imprévision, que le Conseil d'Etat s'est inspiré des exigences de la bonne administration autant et plus que des principes juridiques.

IV

On ne saurait dans cette étude du contrôle de la moralité administrative examiner tous les cas où le Conseil d'Etat annule pour détournement de pouvoir des décisions administratives motivées par la passion politique (dans le plus triste sens du mot), les animosités personnelles du maire, l'anticléricalisme farouche du midi ou l'intransigeance religieuse de l'Ouest. Cet examen n'aurait presque aucun intérêt théorique. Il est indubitable qu'ainsi fondé sur un motif complètement étranger aux préoccupations que les fonctionnaires peuvent légitimement avoir, un acte administratif doit être aujourd'hui considéré comme illégal. Le Conseil d'Etat en l'annulant se comporte très exactement comme un juge, appréciant le fait il est vrai pour dire le droit, mais tous les actes juridictionnels, sauf les arrêts de cassation, en font autant. Si l'on prétend voir là un contrôle de la moralité et de l'opportunité on donne des armes à la

théorie traditionnelle qui montrera aisément que tout cela se ramène à une question de violation de la règle de droit. Pour ne pas affaiblir la démonstration en mélangeant de mauvais arguments aux bons il faut être très prudent sur les questions de détournement de pouvoir et ne diagnostiquer un contrôle hiérarchique que lorsque le Conseil d'Etat écarte comme incompatibles avec certains soucis de bonne administration quelques-unes des fins que les administrateurs pourraient légalement poursuivre.

Bien plus, parmi tous les cas que l'on pourrait étudier avec profit, on ne retiendra ici que quelques-uns, naturellement choisis comme les plus caractéristiques. On s'étonnera peut-être que dans ces exemples ne figure pas l'étude du contrôle qu'exerce le Conseil d'Etat sur l'exercice du pouvoir de police des maires et des préfets. Ce n'est pas sans hésitation que l'on a laissé de côté cette matière. Cependant la démonstration sur ce point aurait été à la fois trop facile et pas assez concluante. Trop facile parce que la question a été souvent étudiée, et surtout parce qu'il est clair que le Conseil d'Etat se fait ici le juge de l'opportunité des décisions administratives, contrairement à la Cour de Cassation. Mais pas assez concluante, aussi, parce qu'il y a l'objection troublante de Michoud : les pouvoirs de police étant en conflit avec les droits individuels, pour être *légalement* employés il faut qu'ils le soient *opportunément*¹.

Au surplus, pour épuiser le sujet c'est presque toute la jurisprudence administrative qu'il faudrait examiner, ce qui excéderait la patience du lecteur si cela n'excédait d'abord les possibilités de l'auteur. Le point de vue que l'on soutient serait suffisamment démontré et illustré s'il rendait compte des solutions du Conseil d'Etat sur les problèmes étudiés au cours de ce chapitre qui sont parmi les plus importants, les plus actuels et les plus originalement résolus du droit administratif français.

1. Etude précitée dans les *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, V. *supra*, p. 67.

SECTION I

L'INTERVENTION DES COMMUNES ET DES DÉPARTEMENTS
EN MATIÈRE ÉCONOMIQUE¹

Avantages et dangers du socialisme municipal. A. Les limites posées à l'activité économique des communes avant 1926 ; I. Les données du problème : a) le principe de la spécialité des personnes morales administratives, b) le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (loi des 2-17 mars 1791), c) la loi du 5 avril 1884 ; II. La solution qui s'impose en droit ; III. Les solutions du Conseil d'Etat ; IV. Conclusion : nature du contrôle exercé par le Conseil d'Etat. — B. La réforme de 1926 et la jurisprudence récente ; I. L'opinion publique et les milieux politiques favorables dans l'après-guerre à l'intervention municipale ; II. Les décrets du 5 novembre et du 28 décembre 1926 ; III. La jurisprudence nouvelle du Conseil d'Etat et l'interprétation des décrets ; IV. Conclusion : le caractère de cette jurisprudence.

On sait suffisamment que le libéralisme économique n'est plus un dogme et que, comme l'Etat, les départements et les communes ne se sentent aujourd'hui aucune incapacité spéciale dans le domaine industriel et commercial. Si l'on admet le principe de l'intervention, il doit même paraître particulièrement souhaitable que les groupements locaux en fassent application. Ils peuvent satisfaire une foule de besoins divers, directement appréciés, dont l'Etat ne saurait avoir la charge. Le contrôle de l'électeur sur la gestion de ces services est plus proche et plus effectif, en même temps que plus sensible la répercussion du vote de l'électeur sur le sort du contribuable.

Cependant ce socialisme municipal a ses inconvénients et ses dangers. Il y a d'abord quelque chose de choquant à voir la commune concurrencer sans nécessité un commerçant avec l'argent qu'elle prend aux contribuables, et

1. Félix, *L'activité économique de la commune* (Les cahiers administratifs, n° 6) ; Mossé, *La réglementation des régies municipales* ; thèses : Mimin (Paris, 1912), Audema (Montpellier, 1924), Revel (Lille, 1928), Laffont (Bordeaux, 1930), Tétreau (Paris, 1935). — Quelques dissertations importantes de M. Alibert (S., 1931.III.73, 1933.III.81, 1933.III.97, 1934.III.33), de M. Mestre (S., 1934.III.105 ; *Vie communale et départementale*, mai 1934, p. 229), de M. René Capitant (D., 1936.III.1) et de M. Bonnard (S., 1936.III.9).

singulièrement à ce commerçant lui-même. Surtout il est à craindre que les membres des assemblées locales, emportés par le désir du bien public et d'affermir leur position électorale, ne lancent l'administration dans des entreprises téméraires et ruineuses. L'électeur qui est plus près pour contrôler est aussi plus près pour quémander. Pour obtenir les fonctions publiques, à Rome, le candidat payait des jeux, érigeait des monuments, ou faisait bâtir des thermes. On pourrait être tenté aujourd'hui de perfectionner le système et de faire des largesses, non plus sur sa bourse, mais sur les fonds publics : la boucherie municipale délivrerait la sportule. Et sans doute le contribuable en pâtirait, mais lorsqu'il y a des générosités sur les fonds publics chacun espère être plus bénéficiaire que contribuable ; beaucoup en fait sont bénéficiaires sans être sensiblement contribuables. Enfin même gérées avec honnêteté et fermeté, on peut se demander si les entreprises économiques des communes sont toujours gérées avec adresse. Quelques exemples ont montré que l'aptitude commerciale des municipalités était souvent médiocre.

Voilà à peu près comment le problème se pose sur le terrain de l'opportunité et de la science politique. Il faut voir comment il se pose en droit, comment il est résolu par le Conseil d'Etat et si cette solution est purement juridictionnelle.

Comme les données juridiques du problème ont été sensiblement modifiées par les décrets du 5 novembre et du 26 décembre 1926, il convient d'étudier successivement la jurisprudence antérieure à cette date puis la jurisprudence la plus récente.

A

I. — a) Le principe de la spécialité des personnes morales administratives¹ est entendu de façons différentes suivant

1. Tissier, *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements*

la conception que l'on se fait de la nature de la personnalité morale, suivant que l'on adhère à la théorie de la fiction ou à celle de la réalité.

Si l'on admet que la personnalité résulte pour les associations et les groupements divers d'une création du législateur, on dira que les termes de l'acte de création, ou à défaut l'intention du pouvoir législatif, fixent les limites de cette personnalité et de l'activité sociale.

Si l'on rejette l'idée de fiction le principe de la spécialité peut demeurer sur une autre base. On le fonde sur cette idée que les groupements n'ont jamais pour but de servir tous les intérêts de leurs membres « mais seulement un seul de ces intérêts, ou au plus un certain nombre d'entre eux, poursuivis collectivement afin d'en rendre la réalisation plus aisée ou plus complète »¹. Les ressources et les droits dont la personne morale jouit pour la réalisation de son but ne sauraient sans détournement de pouvoir être utilisés à la satisfaction d'autres intérêts. On remarquera que la limitation résultant de la spécialité est moins sévère dans cette doctrine. Si l'on reconnaît à la personne morale une existence propre et non fictive, on ne peut l'empêcher, semble-t-il, de changer, de se fixer des buts nouveaux et conséquemment de modifier sa capacité.

Même étroitement entendu, le principe de la spécialité ne peut servir d'argument contre l'extension au domaine économique de l'activité des communes.

Ecartons les arguments de texte et supposons un instant que ceux-ci ne donnent aucune indication sur la question. Il faudrait admettre que la compétence du département et de la commune est restreinte, par la nature des choses et les principes de notre droit, aux fonctions politiques et administratives à l'exclusion des fonctions économiques.

publics et d'utilité publique ; Michoud et Trotabas, *La théorie de la personnalité morale* ; Thèses : Ripert (Paris, 1906), Bègue (Grenoble, 1908).

1. Michoud et Trotabas, 3^e édit., t. II, p. 153.

Le Doyen Beudant¹, le Doyen Hauriou², l'ont soutenu dans des notes d'arrêts. L'argumentation se retrouve dans plusieurs thèses de doctorat³. MM. Michoud et Troabas n'y sont pas insensibles⁴.

Un proverbe écossais dit que dans la plus mauvaise auberge on trouve toujours de quoi manger à condition qu'on l'y apporte. Il est à craindre que le principe de la spécialité ne soit ainsi le cadre un peu vide que chacun remplit de ses conceptions personnelles. En réalité, la compétence des départements et des communes n'est limitée qu'à un certain territoire et, dans ce territoire, qu'à la satisfaction des intérêts collectifs. Qu'on dise, si l'on veut, que la fonction des administrations locales est uniquement politique et administrative ; cela est juste mais ne résoud pas le problème dans le sens qu'on voudrait : car il s'agit justement de savoir si certaines activités économiques ne doivent pas rentrer aujourd'hui dans la mission de l'administration, si la cloison n'a pas cédé qui séparait absolument l'économique du politique.

MM. Maspétiol et Laroque affirment avec la plus grande netteté : « Pour la colonie, le département et la commune, la spécialité signifie simplement que les autorités coloniales, départementales ou communales ne peuvent s'occuper que des affaires coloniales, départementales ou communales »⁵. Et tirant la conséquence de ce principe : « Les communes ont donc compétence générale pour organiser des services

1. D., 1879.I.5 : « L'Etat, le département, la commune ont chacun une action distincte et limitée ; institutions de droit public, elles existent dans la mesure des intérêts qu'ils représentent ; ils peuvent faire tous les actes qui correspondent à leur rôle ou qu'une loi les autorise à faire, et pas d'autres ». Et pour préciser sa pensée, il ajoute : « Se figure-t-on une commune, un mont-de-piété, sous prétexte de personnalité civile, se faisant fabricants ou commerçants, entrant comme associés dans une société... ? ».

2. S., 1901.III.41 : « La fonction administrative est essentiellement de police, ce qui revient à dire qu'elle est essentiellement politique ».

3. Spécialement Mimin (Paris, 1912).

4. T. II, p. 173.

5. *La tutelle administrative*, p. 266.

municipaux, sous réserve de ce qui a été dit antérieurement de la règle de la spécialité, *qu'il s'agisse de services purement administratifs ou de services à caractère industriel ou commercial. Il n'y a pas en effet d'exception à faire pour ces derniers services* »¹.

Il faut donc renoncer à utiliser dans cette matière le principe de la spécialité des personnes morales administratives.

b) Le grand argument des auteurs, sinon de la jurisprudence, pour limiter l'activité des communes, est tiré de la loi des 2-17 mars 1791, qui consacre la liberté du commerce et de l'industrie. Aboutissement de la pensée physiocratique cette loi, supprimant les maîtrises et jurandes, proclame dans son article 7 : « A partir du 1^{er} avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon : mais elle sera tenue de se pourvoir d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ».

Voilà le texte. Il paraît bien étranger à la question ; mais voici l'interprétation qu'on en donne : la loi des 2-17 mars 1791 n'a pas seulement affranchi les industriels et les commerçants des organisations professionnelles, elle a reconnu que le domaine économique était le domaine de la liberté et de l'activité privée, elle a posé le principe du libéralisme économique.

En fait ce texte pourrait tout aussi bien — mieux même — servir à justifier la compétence économique des communes qu'à la combattre. Il sera libre à toute personne de faire tel négoce, d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle jugera bon ... pourquoi la commune et le département seraient-ils privés du bénéfice de ce texte ? *lex non distinguit*. Un tel raisonnement serait-il abusif parce que la loi n'a visiblement pour objet que de briser les cadres corporatifs ?

1. *Eod. loc.*, p. 268 (c'est nous qui soulignons).

Mais alors combien plus abusive l'argumentation qui tire de ce texte des restrictions à l'activité communale !

Pas plus que le principe de la spécialité, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne peut donc servir d'argument, à moins qu'on ne l'interprète avec une partialité évidente à laquelle aucun juriste ne peut se laisser aller.

c) On invoque encore parfois, plus accessoirement, quelques articles de la loi du 5 avril 1884. Ils sont rigoureusement sans portée. Lorsque l'article 61 du chapitre III nous dit que « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune », comme il ne précise pas quelles sont ces affaires, on n'est pas plus éclairé. De même l'article 115 prévoyant des « grands services communaux » se garde de préciser leur objet.

II. — Il résulte de cet examen que, en droit, la solution n'est pas douteuse. Les seules limitations légales de l'activité des communes sont les suivantes :

— La commune ne doit se préoccuper que des intérêts locaux.

— Elle ne peut intervenir dans un domaine que l'Etat monopolise.

— Ni dans un domaine qui lui est expressément interdit par la loi.

— Ni même dans les domaines d'activité qui lui ont été retirés pour être confiés à des personnes morales extraites de son sein.

Rien n'autorise à ajouter d'autres limitations juridiques à celles-ci.

III. — La question se trouva posée au Conseil d'Etat par la voie contentieuse en 1901¹. Dans l'affaire *Des-*

1. La haute assemblée avait déjà donné auparavant un certain nombre d'avis qui annonçaient l'attitude qu'elle adopterait en formation contentieuse (Avis du 24 février 1887, au sujet de l'exploitation par la ville de Paris du

*croix*¹, était critiquée la décision par laquelle le conseil municipal de Poitiers allouait une subvention à une société coopérative de boulangerie. Cela n'était pas la manifestation d'un socialisme bien entreprenant et cependant le Conseil d'Etat déclara que le conseil municipal était sorti de « ses attributions légales ». Le principe de l'interdiction était posé.

La même année l'arrêt *Casanova*² annule la décision par laquelle un conseil municipal corse allouait un traitement à un médecin pour qu'il soignât gratuitement tous les habitants, pauvres et riches de la commune.

Toute cette jurisprudence est bien connue, citons rapidement :

— l'arrêt *Syndicat de la boucherie* du 6 mars 1914, qui annule une subvention accordée à une boucherie coopérative³;

— l'arrêt *Agents d'assurances de Belfort* du 20 janvier 1921 qui condamne la création par un conseil général d'un service d'assurance⁴;

— l'arrêt *Raynaud* du 11 juin 1926, qui condamne l'organisation d'un cinématographe municipal⁵.

L'exception à ce principe, c'est la réserve des *circonstances exceptionnelles* dans lesquelles l'initiative de la commune pourra se justifier.

Ainsi s'il n'y a pas de médecin dans une commune d'accès difficile, éloignée de tout centre, le conseil municipal pourra y organiser un service médical : arrêt *Lapeyre* du 14 février 1913⁶.

funiculaire de Belleville. Avis du 3 août 1894, sur l'exploitation par la ville de Roubaix d'une pharmacie municipale, *Revue générale d'administration*, 1894, t. III, p. 435. — Avis des 1^{er} et 15 mars 1900, sur une entreprise de vidange par la ville de Lille, *Revue générale d'administration*, 1900, t. I, p. 433).

1. 1^{er} février 1901, S., 1901.III.41, note Hauriou.

2. 29 mars 1901, S., 1901.III.73, note Hauriou.

3. S., 1920.III.79.

4. S., 1921.III.33, note Hauriou et conclusions Corneille.

5. S., 1927.III.77.

6. S., 1918-1919.III.31.

Si dans une colonie l'industrie privée est insuffisante pour fabriquer la glace dont on a besoin, on admettra l'administration à se charger elle-même de cette fabrication : arrêt *Dubot* du 11 avril 1919¹.

Ou, encore aux colonies, s'il manque dans une localité d'hôtel convenable pour les colons de passage et les voyageurs, un service public pourra y suppléer : arrêt *Boudet* du 21 novembre 1923².

Sans même que les circonstances fussent bien exceptionnelles, mais parce qu'il y avait des intérêts respectables à ménager, le Conseil d'Etat ne condamna pas la vente du poisson dans les baraques Vilgrain : arrêt *Genet* du 28 mars 1924³.

IV. — La conclusion se dégage d'elle-même. Les limites à l'activité des communes ne sont pas dans la loi ni dans les principes du droit : elles sont dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Et cette jurisprudence qui ne se tient pas au droit, mais pose une réglementation à l'intérieur du droit, ne peut être que l'exercice d'un pouvoir hiérarchique.

M. Alibert⁴ expose avec franchise que la raison profonde de la « politique jurisprudentielle » du Conseil d'Etat est « d'ordre économique ou même d'ordre sentimental », et que les textes invoqués ne sont que les moyens de donner une vague coloration juridique à cette prohibition. « Le Conseil d'Etat, écrit-il, est effrayé des risques financiers qu'infligeraient aux communes des interventions généralisées ; et, sur ce point, sa position est très forte car l'expérience lui donne raison. Mais des considérations de cette nature ne suffisent point, parce qu'elles sont étrangères au droit et que même sur le terrain de l'économie pratique elles n'ont qu'une valeur relative. Il faut donc assigner à

1. *Rec.*, p. 371.

2. *Rec.*, p. 737.

3. *Rec.*, p. 347.

4. Note précitée sous l'arrêt *Syndicat professionnel des épiciers en détail*, S., 1931, III, 73.

la jurisprudence un fondement juridique... ». Et après avoir reconnu que ce fondement juridique n'est pas très solide, M. Alibert conclut : « Au-dessus des textes plane le dogme du libéralisme économique ».

Mais on remarquera que le Conseil d'Etat n'invoque même pas dans ses considérations la loi des 2-17 mars 1791, ni aucun autre texte. Dans l'arrêt *Descroix*¹, dans l'arrêt *Casanova*², la loi des 2-17 mars 1791 ne se trouve mentionnée ni dans les visas ni dans les motifs. Elle figure régulièrement dans les visas à partir de l'arrêt *Syndicat de la boucherie*³, mais dans aucun cas le Conseil d'Etat n'argumente directement sur elle, et il ne rattache explicitement à aucun texte l'interdiction qu'il formule.

Si le Conseil d'Etat n'était qu'un juge il faudrait avouer qu'il commet lui-même un excès de pouvoir caractérisé en comblant avec ses conceptions personnelles ce qu'il croit être les lacunes de la loi. Au surplus le caractère d'instructions hiérarchiques des règles qu'il pose ressort de ce fait qu'il y admet dérogation lorsque cela lui paraît opportun : la ville de Paris n'a pas eu tort d'organiser la vente de poissons aux particuliers puisqu'au lendemain de la guerre il était bon « de ménager le cheptel français et de réduire les importations de viande frigorifiée »⁴.

B

I. — Dans l'après-guerre, la tendance à l'intervention économique s'accuse encore.

Les pouvoirs publics eurent pendant la guerre la lourde charge de diriger l'économie et, à tort ou à raison, ils pensèrent qu'ils n'avaient pas été inférieurs à leur tâche ni si maladroits qu'on l'avait dit. On se mit à penser que l'infé-

1. *Rec.*, 1901, p. 105.

2. *Rec.*, 1901, p. 333.

3. *Rec.*, 1914, p. 308.

4. Arrêt *Genet et syndicat de la poissonnerie en détail*, précité, *Rec.*, 1924, p. 347.

riorité relative des pouvoirs publics en matière économique tenait seulement à l'équipement un peu lourd dont ils avaient été dotés pour leur mission traditionnelle : car il faut se dévêtir et se frotter d'huile pour descendre dans l'arène.

En ce qui concerne plus spécialement les communes on vit pour elles dans l'activité économique un moyen d'améliorer leurs budgets grevés de beaucoup de dépenses obligatoires et de charges sociales dont l'Etat s'était allégé à leurs dépens. Dans une certaine mesure, les activités commerciales viendraient remplacer le domaine privé qui fut longtemps dans notre histoire la principale ressource de la commune.

Enfin le désordre économique, la hausse du coût de la vie, la crainte de toutes les époques troublées pour la spéculation, portaient les consommateurs à considérer d'un œil très favorable les tentatives que pourrait faire l'administration pour leur fournir au juste prix les denrées ou les services de première nécessité.

Déjà en 1914 une proposition de loi très étudiée émanant de MM. Weber, Brenier et Rozier¹ avait prévu une extension considérable de la capacité des communes et une organisation minutieusement réglée des régies qui prendraient la charge des services exploités par la commune.

Une proposition de M. Albert Thomas, présentée le 5 septembre 1918², prévoyait la création d'offices publics d'approvisionnement, établissements publics communaux, intercommunaux et départementaux, qui n'auraient pas eu normalement la charge de gérer par eux-mêmes des entreprises commerciales, mais de contrôler le marché et de subventionner, au besoin susciter, des coopératives. Sur l'avis favorable du conseil municipal, du syndicat de com-

1. *Doc. parl.*, Chambre des députés, session ord. 1914, Annexe n° 309, p. 2020.

2. *Doc. parl.*, Chambre, session ord. 1918, Annexe n° 4938, p. 1201.

munes ou du conseil général, ces offices auraient pu cependant gérer des magasins de vente en gros et en demi-gros.

Une proposition de loi émanant de M. Camille Chautemps, déposée le 2 décembre 1920¹, et qui tendait à une réforme générale de la loi du 5 avril 1884, contenait un article favorable à l'intervention municipale : « Sous réserve de l'approbation préfectorale, les communes peuvent s'intéresser soit en les entreprenant directement, soit en y plaçant des capitaux, à toutes les entreprises même de forme commerciale, ayant pour but le fonctionnement des services publics, le ravitaillement de la population, les œuvres sociales ou les améliorations urbaines ». Et l'exposé des motifs indiquait les sentiments de M. Chautemps et de ses collègues cosignataires, en même temps qu'il formulait vraisemblablement l'opinion dominante dans les milieux parlementaires. « L'expérience, y lit-on, a montré au cours de la guerre que les communes étaient parfaitement capables de faire du commerce. Leur initiative en ce sens a produit les meilleurs résultats... etc... ».

Enfin un projet de loi déposé par le gouvernement (plus précisément par M. Marraud, ministre de l'Intérieur, et M. Doumer, ministre des Finances) le 25 octobre 1921², autorisait formellement « l'organisation du ravitaillement de la population en denrées alimentaires et produits de première nécessité », sous réserve de l'approbation par décret en Conseil d'Etat.

II. — Il était utile de rappeler ces tentatives infructueuses parce qu'elles manifestent l'atmosphère dans laquelle vont naître les décrets de 1926. Bien plus, ces décrets ne dissimulent pas qu'ils s'inspirent des tentatives antérieurement faites. On lit dans l'exposé des motifs du décret du 5 novembre 1926 : « Le décret que le gouvernement a l'honneur de vous soumettre a été conçu dans un esprit plus large

1. *Doc. parl.*, Chambre, session extr. 1920, Annexe n° 1731, p. 355.

2. *Doc. parl.*, Chambre, session extr. 1921, Annexe n° 3253, p. 73.

que la proposition de M. Albert Thomas... et n'est pas sans analogie avec la proposition de MM. Auber et Rozier. Plus complet que la proposition de M. Chautemps... il se rapproche de la proposition de MM. Weber, Brenier et Rozier, dont il représente presque entièrement les dispositions générales... ».

Et en effet l'article 14 du décret de décentralisation et de déconcentration administrative du 5 novembre 1926 (pris en application de la loi du 3 août 1926) ajoute à l'énumération des matières sur lesquelles les délibérations du conseil municipal ne sont exécutoires qu'après avoir été approuvées par l'autorité supérieure : « ... 12° l'intervention des communes, notamment par voie d'exploitation directe ou par simple participation financière, dans les entreprises, même de forme coopérative ou commerciale, ayant pour objet le fonctionnement des services publics, le ravitaillement et le logement de la population, les œuvres d'assistance, d'hygiène et de prévoyance sociale ou la réalisation d'améliorations urbaines ». Ainsi est complété l'article 68 de la loi municipale.

Quant au décret du 28 décembre 1926¹, relatif aux régies municipales et à la participation des communes aux entreprises privées, il dispose dans son article 1^{er} que : « Les communes ou les syndicats de communes peuvent être autorisés... à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial ... ».

La portée de ces textes n'est pas douteuse. Le serait-elle

1. Modifié par un décret-loi du 30 octobre 1935. La création des régies municipales devait être, aux termes du décret du 28 décembre 1926, autorisée par un décret en Conseil d'Etat, toutes les fois que leur règlement intérieur n'était pas conforme à un règlement type élaboré par la haute assemblée. Dorénavant, les régies municipales qui se proposeront de combattre les prix excessifs des denrées alimentaires de première nécessité seront créées par délibération du conseil municipal et celui-ci fixera le règlement intérieur de la régie. Après enquête, le préfet statuera définitivement sur le projet ainsi établi.

Ce nouveau décret n'a pas, cette fois, pour but d'étendre le domaine où peut s'exercer l'activité économique des communes.

que l'exposé des motifs nous la révélerait : « Le paragraphe 13 de la nomenclature¹, dans le nouvel article 68, est une *innovation particulièrement importante et qui mérite de retenir tout spécialement l'attention*. Elle a pour but de permettre à l'action de l'assemblée communale de se porter sur de *nouveaux objectifs*, et il y a lieu d'espérer que son intervention ainsi légalisée sur ces domaines, dont certains présentent, dans les circonstances actuelles, une importance capitale, aura les résultats les plus bienfaisants ».

Même si on pouvait douter avant 1926 du droit pour les communes d'organiser des services à caractère économique, on est contraint aujourd'hui de leur reconnaître ce droit.

III. — Soit qu'il abandonnât le libéralisme intransigeant qui avait été sa doctrine, soit qu'il crût devoir céder un peu de terrain à l'opinion générale, le Conseil d'Etat, dès 1928, et faisant encore application du droit antérieur à la réforme administrative, nuança sa jurisprudence dans le sens d'une prohibition moins sévère. Les circonstances qui peuvent légitimer l'intervention communale dans le domaine économique n'ont plus besoin d'être *exceptionnelles* : il suffit qu'elles soient *particulières*². Cette substitution de termes semble indiquer sa volonté de faire des concessions, tout en gardant par le contrôle du caractère particulier de la situation la possibilité de doser exactement ses faveurs.

Mais la question devait bientôt se poser de l'interprétation des décrets de 1926 et de savoir si le Conseil d'Etat allait enfin reconnaître aux communes la compétence qu'elles souhaitaient et que les décrets avaient entendu leur accorder.

Le 30 mai 1930, sur les conclusions de M. Josse, la haute

1. C'est le paragraphe précité : « ... 12° l'intervention des communes... etc... ».

2. *Burgeat*, 13 juillet 1928, S., 1929.III.21 ; *Connat*, 15 mars 1930, *Rec.*, p. 349. — D'ailleurs un arrêt récent, *Chouard, Lévy et autres*, cité plus loin, parle à nouveau de circonstances exceptionnelles. Il ne faut peut-être pas attacher trop d'importance aux expressions employées.

assemblée déclarait que « les décrets du 5 novembre et du 28 décembre 1926... n'ont eu ni pour objet ni pour effet d'étendre en matière de création de services publics communaux, les attributions conférées aux conseils municipaux par la législation antérieure ; que les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services communaux que si, en raison des circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière »¹. Les arrêts postérieurs (notamment *Lavabre*² du 23 juin et *Zénard*³ du 24 novembre 1933 ; *De Lara*⁴ du 4 janvier 1935 ; *Didier et autres*⁵, du 18 janvier 1935 ; *Chouard, Levy et autres*⁶, du 22 novembre 1935 ; *Chambre syndicale de l'industrie du pétrole*⁷, du 6 mars 1936 ; *Syndicat des entrepreneurs de couverture*⁸, du 29 mai 1936) sont intéressants à consulter pour savoir dans quels cas concrets il est fait exception au principe de la prohibition mais ils ne portent pas atteinte au principe posé en 1930⁹.

1. Arrêts précités *Syndicat professionnel des épiciers en détail* et *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, S., 1931.III.73.

2. S., 1933.III.81, note Alibert.

3. S., 1933.III.105, note Mestre.

4. S., 1936.III.9, note Nonnard ; D., 1936.III.1, note René Capitant.

5. S., 1936.III.9.

6. S., 1936.III.9.

7. D.H., 1936, p. 289.

8. D.H., 1936, p. 382.

9. Cependant dans sa note précitée (au D., 1936.III.1) M. René Capitant avait vu dans l'arrêt *De Lara* le terme d'une longue évolution jurisprudentielle et la consécration du droit des communes à intervenir dans le domaine économique. — Mais les conclusions de M. Rivet témoignent que le Conseil d'Etat ne faisait exception au principe de la prohibition que pour des considérations pratiques importantes. « ... Nous vous demandons, dit l'éminent commissaire du gouvernement, de ne pas prononcer une condamnation qui, sans parler de l'émotion regrettable qu'elle ne manquerait pas de créer dans les centres (Paris, Marseille et autres) dont Alger n'a fait qu'imiter l'exemple, aurait pour résultat de rendre désormais l'exécution de tout projet d'urbanisme de quelque importance à peu près irréalisable ». L'arrêt *Didier* reprend d'ailleurs la formule du libéralisme en subordonnant l'intervention de l'administration municipale aux cas « de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée ». L'arrêt *Chouard* exige « des circonstances exceptionnelles de fait ». L'arrêt *Bouzat* du 15 juillet 1936, parle à nouveau de « défail-

Cette jurisprudence, lorsqu'on a lu les décrets en question et l'exposé des motifs, déconcerte au premier abord. Il est intéressant d'examiner comment le commissaire du gouvernement, M. Josse, en établit le principe.

M. Josse concède que les auteurs du texte « ont eu de vastes desseins ».. « Mais d'une part, dit-il, l'idée que les auteurs du décret se sont fait de votre jurisprudence n'était peut-être pas très exacte. Ils en sont restés en effet à la notion de circonstances exceptionnelles à coup sûr beaucoup plus restrictive que vos formules actuelles. D'autre part et surtout, quels que soient les désirs des rédacteurs du décret, les textes ne permettent pas de conclure à une modification profonde, à un bouleversement des principes déjà posés par vous ».

« Tout d'abord l'énumération du premier décret : ravitaillement, logement, œuvres d'assistance et d'hygiène, amélioration urbaine, ne contient aucun chef dans lequel votre jurisprudence ancienne n'ait permis déjà de reconnaître la légalité de services publics. Cette énumération d'ailleurs, n'est qu'énonciative, sinon ce serait une régression sur la jurisprudence ».

« Quant au deuxième décret — le plus important — il contient dans un article 1^{er} l'expression de « services d'intérêt public », qui est la confirmation éclatante de l'œuvre jurisprudentielle... Donc, d'après le texte même, dans tous les domaines énumérés par les décrets, l'intervention municipale ne sera légale que si un intérêt public la légitime ».

Sans doute les rédacteurs du décret ne pouvaient avoir en vue le dernier état de la jurisprudence du Conseil d'Etat : pour la raison qu'ils écrivaient en 1926 et que la jurisprudence nouvelle des « circonstances particulières » ne s'est

lance ou d'insuffisance manifeste de l'initiative privée ». Comp. à la note de M. René Capitant celle de M. Bonnard sous les mêmes arrêts. La conclusion du professeur Bonnard est que « la jurisprudence n'a jamais cessé, au fond, d'être fidèle au libéralisme ».

affirmée qu'en 1928, par l'arrêt *Burgeat*. Il n'en est pas moins vrai qu'ils ont entendu libérer l'activité économique des communes des entraves jurisprudentielles. Au témoignage du dictionnaire de l'Académie, particulier signifie, entre autres choses, « ce qui est singulier, extraordinaire, peu commun ». Or ce qu'on voulait en 1926, c'est précisément que l'entreprise économique pût devenir une manifestation normale, ordinaire, de l'activité des collectivités locales. S'il en était différemment, on ne comprendrait pas que l'exposé des motifs pût annoncer « une innovation particulièrement importante ». Ce n'est donc pas une nuance d'indulgence dans l'application du principe répressif qui peut faire coïncider la jurisprudence du Conseil d'Etat avec les intentions du décret, car celui-ci a pour but de renverser le principe.

Reste alors cet argument que, même si les auteurs des décrets ont désiré modifier l'état du droit, leurs textes n'ont pas la portée qu'ils ont souhaitée. La jurisprudence du Conseil d'Etat, dira M. Josse, n'a pas attendu les décrets pour autoriser certains services publics destinés au ravitaillement, à l'hygiène, à l'assistance etc... Qu'ajoute à cette jurisprudence l'énumération du décret, qui n'est même pas complète ?

En bien, puisque le décret n'ajoute aucune matière à celles dont les services communaux s'étaient jusque là occupés, et que d'autre part, jusqu'à preuve contraire, il est de bonne méthode de supposer que ses auteurs n'ont pas parlé pour ne rien dire, il n'est pas absurde d'imaginer que l'objet de ce texte a été de faire rentrer ces activités économiques dans les activités normales de la commune. De même que, en vertu de l'article 68 de la loi du 5 avril 1884, le conseil municipal peut décider de passer des baux de plus de dix-huit ans ou d'aliéner les propriétés communales, sous la seule réserve que cette décision devra être approuvée par l'autorité préfectorale ; de même en ajoutant un treizième alinéa à l'article 68 le décret entend que les activités

commerciales soient ainsi librement ouvertes à la commune sous le contrôle de l'autorité de tutelle. Autrement dit l'objet du décret serait de condamner le principe de la liberté du commerce et de l'industrie tel que l'entend l'école individualiste, c'est-à-dire le principe de la liberté économique restreinte aux seuls individus.

Mais pourtant M. Josse voit dans l'article 1^{er} du décret du 28 décembre 1926 une « confirmation éclatante » de la jurisprudence du Conseil d'Etat : « Les communes ou syndicats de communes peuvent être autorisés à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial... ». M. Josse se saisit du mot « intérêt public », l'isole, l'interprète et montre que toutes les solutions de la jurisprudence se rattachent à cette notion, d'où il suit qu'en prononçant le mot le décret consacrait la jurisprudence. Il y a là une belle démonstration de virtuosité juridique mais une argumentation au fond assez peu convaincante. Il est trop certain que la commune ne peut organiser un service, commercial ou non, que pour l'intérêt public. Concevrait-on qu'elle l'organisât pour servir un intérêt privé ? La difficulté commence quant on veut préciser la notion d'intérêt public : fournir la viande moins chère aux habitants, sera-ce un motif d'intérêt public ? Non, dira-t-on, il n'y a intérêt public que s'il se trouve des circonstances exceptionnelles ou, du moins, particulières. Mais on a de bonnes raisons, d'autre part, de croire que cette conception de l'intérêt public est étrangère à l'esprit des rédacteurs du décret. Il est tout à fait arbitraire de soutenir qu'ils consacrent une jurisprudence parce qu'ils emploient un mot dont cette jurisprudence se réclame, comme toute autre jurisprudence pourrait se réclamer aussi bien.

Enfin le rapport au Président de la République confirme nettement que les mots « services d'intérêt public » n'ont pas été écrits dans le but de restreindre l'activité communale mais bien au contraire qu'ils ont été choisis comme les plus généraux qui se puissent trouver. On lit en effet : « L'arti-

cle 1^{er} consacre les pouvoirs nouveaux des communes. Il contient à dessein l'expression générale de services d'intérêt public à caractère industriel ou commercial sans qu'il ait paru nécessaire d'entrer dans une énumération de ces services ». Et, ce qui achève de prouver qu'il n'y a plus en jeu qu'une simple question d'opportunité, le rapport continue ainsi : « L'article 2 subordonne l'institution de ces exploitations, après qu'elle aura été décidée par le conseil municipal, à une approbation de l'autorité supérieure ; c'est à cette autorité qu'il appartiendra d'apprécier selon les circonstances si les initiatives des communes sont bien justifiées par l'intérêt public ».

Si la subtilité de M. Josse n'a pas réussi à démontrer que les décrets de 1926 ne posent pas à l'activité économique des communes des limites plus larges que celles de la jurisprudence, c'est assurément que l'entreprise est impossible. Mais comment expliquer l'affirmation du Conseil d'Etat que les décrets « n'ont eu ni pour objet ni pour effet d'étendre en matière de création de services publics communaux les attributions conférées aux conseils municipaux par la législation antérieure » ?

La réponse est très simple, de notre point de vue, et on l'a devinée : *les décrets de 1926 n'ajoutent rien, en effet, à la législation antérieure puisque celle-ci ne mettait aucun obstacle aux entreprises commerciales des communes.*

IV. — On possède désormais tous les éléments du problème. Avant 1926 aucune règle de droit n'interdisait aux communes les interventions économiques. Le Conseil d'Etat en opposant son veto à ces interventions se comportait comme un supérieur hiérarchique.

— En 1926 une règle de droit vient très explicitement reconnaître aux communes le droit à l'intervention économique. Si la prohibition posée par le Conseil d'Etat avait été déduite d'une règle juridique, cette prohibition aurait dû disparaître avec la modification de l'état de droit. Elle

subsiste au contraire et les décrets ne changent rien : car les communes auraient toujours pu *en droit* se livrer à l'activité économique ; c'est un contrôle hiérarchique, à *l'intérieur du droit*, qui les en empêchait seulement. Les rédacteurs du décret ont donné un coup d'épée dans l'eau pour s'être mépris sur la nature de la prohibition, pour y avoir vu une application juridictionnelle plus ou moins discutable de la législation existante alors qu'il fallait y voir l'exercice d'un contrôle hiérarchique.

* * *

L'intervention des pouvoirs publics dans le domaine économique est une de ces questions où les arguments se heurtent indéfiniment sans se réduire et où il est difficile de prendre une position de principe. Car les avantages de l'intervention sont éventuels et évitables ses inconvénients. Il faut sans préjugé examiner les cas concrets, évaluer les bénéfices à attendre des initiatives envisagées et prévoir leurs dangers. La prohibition légale absolue serait une solution maladroite, mais laisser une entière liberté aux conseils municipaux serait sans doute une attitude imprudente. Le contrôle préfectoral lui-même, dont on sait les faiblesses, n'est pas une garantie assez rassurante. La meilleure solution en fait était donc que la loi laissât aux communes et aux départements une entière liberté de principe et que le contrôle hiérarchique du Conseil d'Etat maintînt l'usage de ce droit aux limites, impossibles à fixer en formules légales, de la bonne administration. Un contrôle du Conseil d'Etat qui fût resté strictement juridictionnel n'eût eu presque aucune utilité en cette matière.

SECTION II

LE RETRAIT DES ACTES ADMINISTRATIFS IRRÉGULIERS ¹

I. Les solutions juridiques du problème. — II. Les solutions de la jurisprudence : les arrêts *Fighiera*, *Fraissé*, *Cachet*, etc... — III. Les deux éléments de la jurisprudence : constatation d'une règle de droit, et prescription hiérarchique.

I

Lorsqu'un acte administratif à portée individuelle a fait naître une certaine situation juridique, l'administration ne peut pas, en thèse générale, retirer purement et simplement sa décision. Il faudra, pour mettre fin à la situation créée par l'acte initial, un acte d'abrogation, qui sera un acte nouveau soumis à des conditions de fond et de forme quelquefois différentes de celles du premier acte. Ce ne sera donc pas, à proprement parler, l'acte initial qui sera annulé, mais ce seront ses conséquences qui seront pour l'avenir supprimées ou modifiées par un second acte.

Telle est la règle admise pour les actes administratifs réguliers. Lorsque, au contraire, un agent public a accompli un acte irrégulier, non seulement il serait peu pratique qu'il fût empêché de revenir sur sa décision, mais encore la protection de la situation dont jouit l'individu bénéficiaire ne se justifie plus aussi bien étant donnée l'irrégularité de cette situation. D'autre part le droit a horreur de l'instabilité et il paraît difficile de laisser planer sur aucune situation, fût-elle irrégulière, une menace perpétuelle.

Pour résoudre la question du retrait des actes irréguliers il serait vain de chercher quelque secours dans la loi. On ne peut qu'appliquer les principes généraux du droit.

1. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., t. III ; Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e édit., t. I ; Delbez, *La révocation des actes administratifs*, *Revue du droit public*, 1928, p. 463 et suiv. — Conclusions de M. Rivet pour l'arrêt *Cachet*, dans la *Revue du droit public*, 1922, p. 552 et suiv. — Note Hauriou au S., 1925.III.11.

Il apparaît immédiatement qu'on a le choix entre deux solutions. Ou bien le respect des « droits acquis » apparaît comme si nécessaire et si essentiel que l'acte qui leur a donné naissance ne pourra être retiré nonobstant son illégalité, et que seule l'annulation prononcée par le juge sur le recours d'un intéressé pourra mettre fin à la situation ainsi créée. Ou bien — et c'est la solution qui paraît la mieux fondée — on dira avec Duguit¹ que l'administration ayant violé la loi, elle peut et doit à toute époque faire cesser l'illégalité qu'elle a commise. Aucun droit ne peut en effet naître d'un acte irrégulier, hormis les cas où la loi a organisé une prescription.

De ces deux solutions, la jurisprudence a d'abord choisi la première, puis elle s'est ralliée quelque temps à la seconde. Finalement elle a adopté un système qui serait insoutenable et même inconcevable si on ne pouvait y voir la combinaison d'une règle de droit avec une prescription hiérarchique.

II

Jusqu'en 1912, l'administration ne pouvait dans aucun cas retirer une décision qui avait créé une situation juridique individuelle. Le particulier qui avait obtenu une décision de l'autorité compétente avait un droit acquis à en conserver le bénéfice. Si cette autorité avait commis une illégalité, tant pis pour elle, et tant pis pour l'intérêt général; le particulier ne devait pas en souffrir. Seul le juge pouvait annuler l'acte. Dès lors par conséquent qu'aucun tiers lésé ne le critiquait ou que le délai du recours contentieux s'était écoulé sans qu'aucun recours fût introduit, cet acte irrégulier conférait la même sécurité qu'un acte correct.

L'évolution de la jurisprudence commença par un arrêt

1. *Loc. cit.*, p. 729.

du 15 février 1912, dans lequel le Conseil d'Etat décide que le préfet ne pouvait « sans méconnaître des droits acquis, revenir, par un retrait pur et simple, sur une approbation *régulièrement* intervenue » d'un bail passé entre une commune et un curé pour la location d'un presbytère¹.

La même année un arrêt rendu à la requête d'un sous-officier dont la nomination avait été annulée, utilise la même formule². C'est encore indirectement, en excluant la possibilité de retirer un acte régulier qu'un arrêt de 1913 et un autre de 1914 consacrent le retrait des actes irréguliers³.

L'arrêt *Figliera*, du 5 juillet 1919, et l'arrêt *Fraissé* du 1^{er} août de la même année, adoptent directement et explicitement cette fois la solution nouvelle⁴.

Dans la première affaire il s'agissait d'une nomination aux fonctions de directeur du ministère du Commerce, illégale comme violant l'article 141 de la loi du 13 juillet 1911 qui dispose : « Est nulle de plein droit toute nomination à une fonction publique ou toute promotion d'une personne attachée sous dénomination quelconque, au cabinet d'un ministre ou d'un sous-secrétaire d'Etat, si elle n'a pas été insérée au *Journal officiel* antérieurement à la démission du ministre ou des sous-secrétaires d'Etat qui l'ont contresignée ». Cette nomination avait été rapportée quelques semaines après avoir été faite. Le Conseil d'Etat décida qu'en la rapportant « le chef de l'Etat, loin de commettre un excès de pouvoir n'a fait qu'assurer une exacte application de la loi ». Il est vrai que dans cette hypothèse les termes de la loi de 1911 paraissaient édicter une nullité particulièrement grave.

Dans l'affaire *Fraissé* le requérant était un officier de

1. *Abbé Blanc, Rec.*, p. 244.

2. 14 juin 1912, *Wulliet, Rec.*, p. 659.

3. 28 novembre 1913, *Milloud, Rec.*, p. 1181 et 26 juin 1914, *Richebé, Rec.*, p. 769.

4. *Rec.*, p. 605 et 695.

réserve qui avait été nommé capitaine sans avoir rempli les conditions de stage dans le grade inférieur. L'année suivante, sa nomination avait été rapportée, et il critiquait ce second décret. Comme dans l'arrêt précédent, le Conseil d'Etat estime que « la nomination du requérant au grade de capitaine, intervenue irrégulièrement, ne lui a conféré aucun droit pouvant mettre obstacle à ce que le chef de l'Etat rapporte, comme il l'a fait, par le décret attaqué, sa précédente décision ».

Dans cette jurisprudence non seulement le retrait de l'acte illégal était possible, mais encore aucun délai ne paraissait venir limiter pour l'administration ce droit de repentir.

Cependant, dans ses conclusions pour l'arrêt *Cachet*, M. Rivet s'efforce de montrer qu'on peut, si on est perspicace, découvrir çà et là dans les arrêts précités l'intention de ne pas admettre l'absence de tout délai. Duguit, par contre, y voyait la confirmation pure et simple de sa doctrine du retrait toujours possible. — Ce qui est certain, du moins, c'est que le Conseil d'Etat entendait réserver la question de délai. On lit par exemple dans l'arrêt *Milloud* : « ... sans qu'il soit besoin d'examiner si le ministre de l'Instruction publique pouvait valablement rapporter en 1910 un arrêt de 1895 ... ». Mais si l'arrêt *Fraissé*, admettant la validité d'un retrait intervenu six mois après la décision illégale, mentionne dans ses visas le décret du 1^{er} août 1914 qui suspend le cours des prescriptions d'actions, cela ne suffit pas à révéler une intention certaine d'enfermer dans un délai déterminé le droit que les considérants paraissent accorder sans restriction.

Ce n'est qu'en 1922, par l'arrêt *Cachet*¹, que la jurisprudence devait nettement circonscrire la faculté de retrait.

1. 3 novembre 1922, *Rec.*, p. 790 ; S., 1925.III.9, note Hauriou; *Revue du droit public*, 1922, p. 552, conclusions Rivet.

L'affaire est assez particulière et il faut en donner quelques mots d'explication. La loi du 9 mars 1918 avait organisé des exonérations de loyer au profit d'un certain nombre de locataires que la guerre empêchait de remplir leurs obligations. A titre de compensation, la même loi instituait un système d'indemnité au profit des bailleurs de condition modeste qui seraient ainsi privés des revenus de leur immeuble. Le montant de l'indemnité pour perte de loyer devait être fixé par le directeur de l'enregistrement dans chaque département. Contre la décision de ce fonctionnaire et dans la quinzaine à dater du jour de sa notification, un recours pouvait être porté devant le ministre. Dans ce même délai, le ministre pouvait l'annuler spontanément. La décision du ministre, enfin, pouvait être critiquée devant le Conseil d'Etat par un recours pour excès de pouvoir, mais, ceci est important, non pas celle du directeur de l'enregistrement *omisso medio*.

De ces dispositions il résultait que, passé le délai de quinze jours, la décision favorable au propriétaire était à l'abri de tout recours contentieux. Et si le propriétaire seul avait introduit dans ce délai de quinzaine un recours au ministre, ce recours ne visait évidemment que la partie de la première décision qui ne lui donnait pas une satisfaction complète, mais, en tant qu'elle lui donnait une satisfaction partielle, la décision du directeur de l'enregistrement restait inattaquable par la voie contentieuse.

Or la dame Cachet, ayant obtenu du directeur de l'enregistrement une certaine indemnité, l'avait jugée insuffisante et s'était adressée au ministre à l'effet d'obtenir une somme plus élevée. Non seulement elle n'obtint pas gain de cause, mais le ministre jugeant que sa propriété avait le caractère d'un bien rural et qu'elle ne pouvait à ce titre bénéficier des dispositions de la loi de 1918, supprima l'indemnité allouée par le directeur, encore bien que celui-ci eût statué depuis plus de quinze jours.

Sur le pourvoi de l'intéressée, le Conseil d'Etat constata

que la décision du directeur, dans la mesure où elle était favorable à la propriétaire, était à l'abri de tout recours contentieux, et décida que, pour cette raison, elle ne pouvait être retirée par son auteur ni annulée par le supérieur hiérarchique de celui-ci. Le principe de la nouvelle jurisprudence est ainsi formulé : « ... *s'il appartient aux ministres, lorsqu'une décision administrative ayant créé des droits est entachée d'une illégalité de nature à entraîner l'annulation par la voie contentieuse, de prononcer eux-même d'office cette annulation, ils ne peuvent le faire que tant que les délais du recours contentieux ne sont pas expirés* » ou, *si un recours contentieux a été formé, « tant que le Conseil d'Etat n'a pas statué »*.

La même solution est adoptée dans l'arrêt *Vallois*¹ où, toujours à propos des indemnités pour perte de loyers, il s'agissait du retrait effectué par l'auteur même de l'acte, et non plus d'une annulation hiérarchique.

Dans l'affaire *Baldocchi*², c'est la nomination d'un instituteur à la première classe qui avait été rapportée bien que fut écoulé le délai de deux mois pendant lequel un recours contentieux pouvait être formé; dans l'arrêt *Serra*³ il s'agissait de la nomination d'un gendarme; dans l'arrêt *Gros de Beler*⁴ de celle d'un officier; dans l'affaire *Inglis*⁵ de la réintégration d'une femme dans la qualité de Française. Dans tous ces cas le Conseil d'Etat déclare que les actes ayant créé des droits ne peuvent être annulés après l'expiration des délais du recours contentieux. Cette jurisprudence paraît durablement assise⁶.

Pour que cette analyse soit complète, il faut dire quel-

1. 16 mars 1923, S., 1926.III.10.

2. 24 novembre 1922, Rec., p. 877.

3. 4. et 5. 15 décembre 1922, 1^{er} juin et 13 juillet 1923; S., 1925.III.11.

6. 10 février 1926, *Santucci*, Rec., p. 133; 19 novembre 1926, *Monzat*, D., 1928.III.33, note Devaux; 2 août 1928, *Michel*, Rec., p. 1009; 11 mars 1931, *Le Guillou*, Rec., p. 278; 19 février 1932, *Bichambis*, Rec., p. 204; 27 mai 1932, *Bernardi*, Rec., p. 522; 4 janvier 1933, *Del Fornaio*, Rec., p. 1; 12 juin 1936, *Kremer*, S., 1936.III.90.

ques mots de l'arrêt *Pechdo*, du 10 février 1928¹, dont on n'a peut-être pas assez remarqué la portée. Il s'agissait dans cette affaire de l'application de l'article 34 de la loi du 16 septembre 1807, aux termes duquel les propriétaires de moulins ou d'usines peuvent être contraints de participer aux dépenses qui seraient nécessaires pour l'entretien ou la réparation des levées, barrages, pertuis ou écluses sur les rivières navigables. Il est prévu que la part contributive de l'Etat et des propriétaires est fixée par des règlements d'administration publique. En application de ces dispositions, le sieur Pechdo avait vu fixer à une certaine somme, par un décret de 1907, sa part dans les dépenses d'entretien et de réparation d'un barrage dont il profitait, et le décret en question stipulait que le taux de cette participation ne pourrait être révisé que tous les 30 ans. Or en 1924, le gouvernement jugeant beaucoup trop faible la contribution de l'intéressé, la majora et décida qu'il y aurait désormais une révision du tarif tous les cinq ans. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat refusa d'annuler le décret de 1924. M. Alibert, s'appuyant sur un motif de l'arrêt où il est dit que le décret « n'a fait qu'adapter le régime antérieur à la situation nouvelle née de la guerre et que l'auteur du décret du 3 décembre 1907 ne pouvait prévoir », estime que le retrait est ici fondé sur la théorie de *l'imprévision*². — Il semble assez difficile d'admettre que l'imprévision puisse être un motif légitime de retirer un acte. Un acte viole la loi, il fait échec au principe, fondamental, de légalité; on le maintient néanmoins parce que les délais du recours contentieux sont expirés. Mais voici un acte légal qui devient seulement désavantageux pour l'Etat par suite des circonstances économiques; alors l'administration pourra faire dans l'intérêt de ses finances ce

1. S., 1929.III.113, note Alibert.

2. Il est entendu que, encore bien qu'il fût en la forme un règlement d'administration publique, ce décret avait une portée individuelle.

qu'elle ne pouvait pas faire dans l'intérêt de la légalité : elle sera admise à procéder au retrait !

La vérité nous paraît toute autre et la solution étrangère à la doctrine de l'inprévision. Le retrait du décret de 1907 a été admis, dans l'arrêt *Pechdo*, parce que cet acte, légal à l'origine, *est devenu ultérieurement illégal par suite de modifications dans les circonstances de fait*. L'article 34 de la loi du 16 septembre 1807 indique, en effet, que la contribution exigée des propriétaires intéressés doit être proportionnelle au coût réel des travaux. Or, par suite des circonstances économiques, cette proportion avait cessé d'exister. Le décret avait donc cessé d'être légal du même coup. De même que, nonobstant l'expiration des délais du recours contentieux, les particuliers peuvent, à toute époque, saisir le Conseil d'Etat de la légalité d'un règlement qui leur paraît être devenu illégal par suite de modifications dans les circonstances de fait¹; de même l'administration pourra toujours retirer un acte dont l'illégalité résultera d'événements postérieurs à son émission. Telle est la règle que semble poser l'arrêt en affirmant que « si, d'après l'article 3 du décret du 3 décembre 1907, le taux de la participation du propriétaire du moulin, fixé forfaitairement à 150 fr. par an, ne pouvait être révisé que que tous les 30 ans, le gouvernement n'en conservait pas moins le droit d'en modifier, avant l'expiration de la période prévue par le décret initial, le taux et les modalités de la participation du propriétaire, dans la mesure où une situation nouvelle rendait cette modification nécessaire en vue de garder à la contribution son caractère proportionnel au coût réel des travaux, conformément à l'article 34 susmentionné de la loi du 16 septembre 1807 ».

Nous avons tenu à signaler cette question bien qu'elle soit sans rapport direct avec la démonstration principale que nous poursuivons.

1. V. entre autres, 10 janvier 1930, *Despujol*, D., 1930.III.16 ; 3 février 1933, *Abbé Lahure*, *Rec.*, p. 153.

III

Il est clair que des deux règles qui constituent le système jurisprudentiel, une seule peut se justifier en droit. On conçoit très bien que, d'un acte illégal, aucun droit ne puisse naître. Mais alors, s'il n'existe aucun droit pour y faire obstacle, rien n'empêche l'administration de retirer à toute époque sa décision. Les intéressés n'auront pas plus de droit quand deux mois se seront écoulés. Que le recours contentieux soit encore possible ou qu'il ne le soit plus, cela est juridiquement sans influence sur le droit de l'administrateur.

Les conclusions de M. Rivet révèlent elles-mêmes le double aspect de la jurisprudence. La question de droit y est ainsi résolue : « aucun droit ne peut naître, en réalité, d'un acte reconnu illégal ». Si on se contentait d'appliquer cette règle, on arriverait, au témoignage du commissaire du gouvernement, « à admettre la possibilité du retrait ou de l'annulation à toute époque, quels que soient les droits invoqués, ces droits devant être regardés, en l'absence de base légale, comme inexistants ».

Quelle considération permet d'écarter ces « conséquences logiques » ? — Quelque argument juridique permet-il de restreindre la portée du principe dégagé ? Non point. Mais « on ne peut méconnaître qu'une telle doctrine créerait, dans les relations sociales, une atmosphère d'incertitude nettement néfaste à la vie du pays, et que l'avantage même qu'elle pourrait, à première vue, présenter de donner à l'administration une liberté plus complète serait vraisemblablement compensé par des risques d'initiatives insuffisamment mûries, des gestes hâtifs et inconsidérés ». Ces considérations pratiques conduisent à enclore le droit de retrait dans certaines limites. Pour ce faire, le délai du recours contentieux apparaît commode, puisqu'une fois qu'il sera écoulé le maintien de l'acte irrégulier sera définitivement assuré. Sans doute cette connexion apparaît

« un peu imprévue », mais il n'importe car la solution est expédiente.

Si l'on estime que le Conseil d'Etat n'est qu'un juge, c'est ici un juge singulier, et qui excède ses pouvoirs¹. Si l'on est disposé au contraire à admettre qu'il détient une certaine dose de pouvoir hiérarchique, rien ne surprendra dans cette jurisprudence. On y verra l'affirmation juridictionnelle d'une règle de droit (c'est à savoir le pouvoir indéfini pour l'administration de retirer ses actes irréguliers), et, motivée par des considérations pratiques, une prohibition de nature hiérarchique qui restreint pour l'administration l'étendue de ce droit².

1. Telle est l'opinion de Duguit (*loc. cit.*, p. 733). M. Delbez paraît de cet avis : « Le haut tribunal n'aurait-il pas excédé ses pouvoirs en limitant ainsi de son propre mouvement le pouvoir antérieurement indéfini de l'administration, alors que la loi ne pouvait lui donner ici aucun appui et qu'en fait il n'invoque aucun texte ? » (*op. cit.*, p. 498).

2. Il peut paraître incohérent de soutenir : d'une part que les actes des autorités administratives sont annulés quelquefois pour des raisons de bonne administration, sans qu'ils soient illégaux ; d'autre part que les actes irréguliers qui sont susceptibles d'être annulés par la voie contentieuse peuvent être, en droit, retirés par les agents qui les ont accomplis, étant donné qu'ils sont illégaux et qu'à ce titre ils n'ont pas créé de droits. De la jurisprudence sur le retrait, on pourrait tirer argument, on le voit, contre la conception que nous soutenons d'un contrôle de la moralité administrative exercé par le Conseil d'Etat en la forme juridictionnelle.

Il ne nous échappe pas que cette objection a beaucoup d'apparence. Mais la contradiction qu'elle invoque est plutôt dans les termes que dans les idées. On s'en rendra compte par les observations suivantes :

a) D'abord rien dans la jurisprudence actuelle ne permet de dire avec certitude que le retrait serait autorisé dans les cas où l'irrégularité qui entache l'acte initial serait, non une illégalité, mais une violation des règles de la morale administrative. Dans tous les cas où le Conseil d'Etat a admis jusqu'à présent la possibilité d'un retrait il s'agissait d'une nette violation de la loi.

b) Nous avons dit et redit plus haut que les règles internes formulées par le Conseil d'Etat en tant que supérieur hiérarchique se transforment souvent, avec le temps et par l'immobilité, en véritables règles de droit. Il faut donc assimiler à l'illégalité la violation d'une de ces règles, hiérarchiques à l'origine, mais actuellement juridiques.

c) Enfin et surtout, s'il est vrai qu'il y a un élément hiérarchique dans le contrôle que le Conseil d'Etat exerce dans la forme juridictionnelle, il n'y a pas une activité de supérieur hiérarchique détachable de l'activité juridictionnelle et dont les effets pourraient être différents. Le contrôle hiérarchique se fonde dans le contrôle juridictionnel. Comme l'élément juridictionnel est prépondérant, il colore l'ensemble que l'élément hiérarchique nuance seulement.

SECTION III

LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION

DANS LES CONTRATS ADMINISTRATIFS ¹

I. Le droit commun des contrats et l'aspect particulier du problème de l'imprévision dans le droit public. — II. La formule de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Obscurité sur le fondement juridique exact de cette jurisprudence. — III. Première doctrine possible : l'idée de situation extracontractuelle serait dominante. Solutions conformes à cette doctrine : a) La période extracontractuelle est isolée pour la détermination de la charge extracontractuelle ; b) L'indemnité accordée est définitive ; c) S'il y avait un déficit normal, la charge extracontractuelle sera mesurée par l'aggravation apportée à ce déficit par les événements postérieurs ; d) Le système ne constitue qu'une solution temporaire ; e) Il est appliqué en cas de rachat sur la base des bénéfices des dernières années. — Solutions qui contredisent cette doctrine : a) Nécessité du déficit ; b) Prise en considération de tous les gains du concessionnaire dans la période considérée ; c) Caractère unilatéral des solutions. — IV. Deuxième doctrine possible : l'indemnité pour imprévision est accordée pour la nécessité d'éviter une interruption du service public ; elle est calculée d'après l'idée de situation extracontractuelle. Objections : a) Une part des conséquences onéreuses de la surcharge extracontractuelle est laissée au concessionnaire ; b) Le principe de la continuité du service ne conditionne pas en fait l'attribution de l'indemnité. — V. Conclusions : la jurisprudence de l'imprévision ne découle d'aucun principe juridique, elle s'inspire de considérations diverses de bonne administration. Le Conseil d'Etat impose ces règles en tant que supérieur hiérarchique.

I

Tout contrat qui ne doit pas être exécuté à l'instant où il est conclu est essentiellement un acte de prévision. Si l'on éprouve le besoin de créer un lien de droit durable, c'est pour jeter dans l'avenir incertain une passerelle où, du

1. Alibert, *L'imprévision dans les concessions de service public* ; Jèze, *Les principes généraux*, 3^e édit., t. V. — Thèses : Saint-Marc (Paris, 1918), Louveau (Rennes, 1920), Gros (Lyon, 1922), Lapeyre (Paris, 1923), Jacquemard (Alger, 1928). — Notes de MM. Alibert au S., 1929.III.113 ; Capitant, D., 1917.II.33 ; Hauriou, S., 1916.III.17, 1920.III.25, et 1923.III.33 ; Laroque, S., 1933.III.9 ; Mestre, S., 1934.III.17. — Enfin il est particulièrement important dans cette matière de se reporter aux conclusions des commissaires du gouvernement au Conseil d'Etat, surtout à celles qui éclairent l'origine et la formation de la jurisprudence, c'est-à-dire à celles de MM. Chardenet (C.E., 30 mars 1916, *Rec.*, p. 125), Corneille (8 février 1918, *Rec.*, p. 121) ; 3 décembre 1920 (*Revue du droit public*, 1921, p. 273) ; 25 novembre 1924 (même revue 1921, p. 499) ; Riboulet (27 juin 1919, *Rec.*, p. 570).

moins, on est sûr de pouvoir prendre appui. C'est parce que l'avenir est toujours plus ou moins inconnaissable que l'on cherche à se garantir contre quelques unes de ses surprises. Mais il faut bien que l'assurance de l'un dans le contrat ait pour rançon le risque de l'autre. Le contrat étant commutatif, chaque contractant est assuré où l'autre partie risque et risque où elle est assurée. L'acceptation de ce risque est une des stipulations du contrat.

Il s'ensuit qu'il paraît contradictoire avec la notion du contrat de dispenser l'un des contractants des charges qu'il a assumées pour le motif qu'il n'avait pu les prévoir si lourdes. De plus cela ne va pas sans graves inconvénients pratiques, car l'autre contractant était fondé à se croire à l'abri des risques que le premier avait pris à sa charge, et il avait pu sur la considération de cette sécurité s'engager lui-même envers d'autres personnes : dans l'enchevêtrement des rapports contractuels on ne peut modifier l'un d'entre eux sans craindre des répercussions presque indéfinies.

Les Romains considéraient en effet la stabilité des contrats comme un principe indiscutable et seule l'impossibilité d'exécution résultant d'un événement de force majeure libérait le débiteur. Cette conception du contrat se corrompt, il est vrai, sous l'influence du droit canonique. Mêlant les questions de péché avec les questions de devoir juridique, les canonistes furent conduits à atténuer la fermeté rationnelle des principes romains. La clause *rebus sic stantibus* fut réputée par eux sous-entendue dans toutes les conventions. Mais, par delà les errements de l'Ancien Droit revenant à la règle d'Ulpien, le Code civil dispose dans l'article 1134 que « Les conventions librement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

Bien qu'écrit pour régler les rapports de particulier à particulier, l'article 1134 n'en formule pas moins une règle générale de droit qui s'appliquera en principe aux contrats administratifs comme aux contrats civils.

Cependant les contrats administratifs ont leur physionomie spéciale qui résulte de l'importance et de la nature particulière de leur objet. Lorsque l'administration a concédé un service public ou passé un marché de fourniture, ce qu'elle attend de ce contrat, c'est bien moins de voir le cocontractant exécuter à tel prix, que de le voir exécuter régulièrement et fidèlement jusqu'à la fin du temps prévu. L'économie financière du contrat n'a qu'une importance secondaire : la continuité du service public est la nécessité essentielle. Si des circonstances économiques imprévues bouleversent l'équilibre financier d'un contrat à long terme, l'administration n'a pas d'intérêt à tirer d'abord quelque bénéfice de la situation si par la suite le contractant doit se ruiner, interrompre alors nécessairement ses prestations et obliger l'administration à y suppléer par des moyens de fortune : la bonne marche du service serait alors compromise et il n'est même pas certain qu'en définitive l'opération serait avantageuse au point de vue financier.

II

A cette nécessité de la continuité du service public répond la jurisprudence administrative de l'imprévision, dont voici comment le principe est formulé dans l'arrêt *Société d'éclairage de Bordeaux*¹ et dans les arrêts ultérieurs :

Si en principe le contrat règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ou du fournisseur et de l'administration, et si notamment la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut suivant les cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa avant de s'engager ;

1. Conseil d'Etat, 30 mars 1916, S., 1916.III.17.

Cependant lorsqu'il se produit une hausse exceptionnelle dépassant les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat, et que par suite l'économie du marché se trouve absolument bouleversée, le concessionnaire ou le fournisseur ne peut être tenu d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine le fonctionnement du service tant que dure la situation anormale.

Le concessionnaire ou le fournisseur devra continuer à exécuter les obligations qu'il a assumées nonobstant les difficultés qu'il rencontre mais, faute d'un accord amiable, il pourra réclamer devant les tribunaux administratifs une indemnité compensant la charge extracontractuelle qu'il supporte, déduction faite de la part des conséquences onéreuses de la situation imprévue que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge.

Il est incontestable que le fondement de cette jurisprudence sur l'imprévision se trouve d'une part dans le principe de la continuité du service public, d'autre part dans la notion de situation extracontractuelle qui se greffe sur le contrat lorsqu'on dépasse la limite des événements prévisibles et que l'on sort ainsi de l'aléa normal de la convention. Il faut voir si, sur cette base, il est possible de justifier *juridiquement* les solutions adoptées par le Conseil d'Etat, c'est-à-dire s'il est possible de rattacher logiquement les solutions jurisprudentielles à ces principes, conçus comme des principes de droit.

La doctrine s'est assez peu occupée de construire la théorie de l'imprévision, se contentant ordinairement d'analyser, *magna cum laude*, les solutions du Conseil d'Etat. Et d'autre part les conclusions des commissaires du gouvernement ne tentent pas toujours une systématisation rigoureuse des solutions qu'elles préconisent, peut-être précisément parce que ces solutions s'inspirent plus du souci de la bonne administration que de constructions juridiques. En conséquence on ne voit pas bien quelle est la doctrine orthodoxe de l'imprévision et comment se combinent les deux

principes de la continuité du service public et de la situation extracontractuelle.

On est alors amené à montrer qu'il y a deux théories juridiques possibles de l'imprévision, mais pas une de bonne, en ce sens qu'aucune des deux ne rend compte de toutes les règles jurisprudentielles.

III

La première conception qui vient à l'esprit, lorsqu'on lit les arrêts du Conseil d'Etat et même les conclusions de M. Chardenet dans l'affaire du gaz de Bordeaux, ferait la part la plus grande à l'idée de situation extracontractuelle et ne verrait dans la continuité du service public qu'une cause extérieure dont tout l'effet serait de faire naître la situation extracontractuelle.

S'il y a, dira-t-on, quelqu'aléa dans tout contrat successif ou dont l'exécution est différée, il faut distinguer de l'*aléa ordinaire* dont les parties contractantes ont pu tenir compte, un *aléa extraordinaire* qui est un événement bouleversant l'économie du contrat en déjouant tous les calculs que les parties avaient pu faire au moment de leur engagement.

Lorsque de telles circonstances imprévues se produisent on est *en dehors du contrat*¹.

On est en dehors du contrat mais, c'est ici qu'intervient le deuxième principe, le service public ne peut pas s'arrêter. Le concessionnaire ou le fournisseur a le devoir juridique de continuer malgré tout sa collaboration dans les termes du contrat. C'est ce que M. Chardenet exprimait, d'une façon en apparence un peu contradictoire avec la proposition précédente, en disant que pour le concessionnaire, « le lien contractuel doit subsister ».

Obligé par le principe de la continuité du service public à fournir une collaboration extracontractuelle, le conces-

1. Chardenet, conclusions sous l'arrêt précité, 30 mars 1916, *Rec.*, p.125.

sionnaire ou le fournisseur sera admis à demander à l'administration une indemnité compensatrice.

Les solutions jurisprudentielles ne se rattacheraient donc *directement* qu'à l'idée de situation extracontractuelle. Sans doute par cette construction juridique on faciliterait la continuité du service public dans les périodes de crise, mais le principe de la continuité du service public n'interviendrait, *en tant que règle de droit* et en tant qu'élément de la doctrine juridique de l'imprévision, que pour obliger le contractant à parcourir la zone extracontractuelle.

En somme la jurisprudence du Conseil d'Etat serait celle qu'adoptèrent jadis quelques Cours d'appel lorsque le relèvement inattendu du contingent rendit beaucoup plus onéreux les contrats de remplacement militaire.¹ Il n'y aurait qu'une différence entre les deux jurisprudences : c'est qu'en matière civile le bouleversement de l'économie du contrat était assimilé purement et simplement à un cas de force majeure dispensant de l'exécution ; en droit administratif au contraire les prestations prévues doivent être fournies tant qu'il n'y a pas une impossibilité absolue à le faire. Le contractant en droit privé pourrait s'arrêter au seuil de la période extracontractuelle et il serait quitte s'il a été jusque là ; en droit administratif il doit traverser cette période, mais il aura alors la compensation d'une indemnité puisqu'il a en somme géré l'affaire de l'administration.

Cette théorie paraît simple et claire. On expliquerait que son principe, rejeté par la Cour de Cassation, fut accueilli par le Conseil d'Etat en faisant observer que celui-ci n'est pas lié comme celle-là par les termes du Code civil et par le rigoureux article 1134. Un certain nombre de solutions, admises par la jurisprudence, en apparaîtraient des déductions logiques :

1. Paris, 26 mai 1854, trois arrêts D.P., 1854.II.129 et les arrêts cités par M. Capitant dans sa note précitée au D., 1917.II.33. On sait que cette jurisprudence ne fut pas adoptée par la Cour de Cassation.

A) La charge de la période extracontractuelle sera calculée sans qu'aucune compensation soit faite entre elle et les gains que le contractant aura pu réaliser en dehors de cette période lorsque le contrat s'exécutait normalement. La situation extracontractuelle sera nettement délimitée et détachée de la situation contractuelle sur laquelle elle s'est greffée¹.

B) Comme corollaire de la proposition précédente, l'indemnité qui aura été accordée au contractant, en compensation de la charge extracontractuelle qu'il a supportée, sera définitive. Perte par l'imprévision et gain par le contrat seront, suivant le mot d'Hauriou, dans des compartiments séparés.

C) Si le contractant était en déficit avant l'arrivée des circonstances exceptionnelles, la charge extracontractuelle sera égale à la différence entre le déficit aggravé et le déficit antérieur considéré comme normal².

D) Le système de l'imprévision est destiné à régler une

1. Conseil d'Etat, 11 avril 1919, *Société du gaz de Nice*, S., 1920.III.25. M. Riboulet avait exposé cette idée de la façon suivante : « Il n'y a pas lieu de rechercher, pour les ventiler, à titre compensatoire, avec les pertes subies depuis la guerre, les bénéfices acquis alors que le contrat, avant les hostilités, jouait normalement. Si des bénéfices appréciables ont été réalisés par les compagnies durant les périodes d'exploitation normales, leur acquisition est régulière ; elle dérive de l'équilibre de la convention, tel que l'ont établi les contractants : c'est l'aléa de droit commun auquel il ne doit pas être touché. Si les gains ont été mis en réserve, cette réserve, qui est une nécessité impérieuse pour toutes les sociétés sérieuses et bien organisées, est leur propriété intangible, en tant que conséquence d'une gestion conforme au contrat de concession signé par la ville elle-même et évoluant en dehors de toute circonstance exceptionnelle de force majeure. Le concessionnaire qui, en temps normal, assume seul, à l'exclusion du concédant, les risques financiers du service public, et doit supporter en totalité le déficit, s'il s'en produit en l'absence de toutes circonstances particulières, est fondé, à l'inverse, à conserver à titre définitif des bénéfices qu'il a réalisés dans les mêmes conditions, que ces bénéfices aient été répartis ou qu'ils aient été réservés pour faire face aux nécessités de l'entreprise dans l'avenir. En revanche dès que se révèle la situation extracontractuelle résultant des conséquences onéreuses de la guerre, il peut y avoir lieu à indemnité et le principe de cette indemnité, ainsi que son quantum, ne pourront être demandés qu'aux faits d'exploitation de la période transitoire elle-même ; car c'est de la ventilation de ces seuls faits, bénéfices et pertes, que résulteront et le droit à indemnité et son chiffre ».

2. Conseil d'Etat, 8 août 1924, *Société d'éclairage de Brive*, Rec., p. 817.

situation temporaire. La nécessité de ne pas interrompre le service s'entend à l'égard des difficultés passagères et pour un service qui reste viable. La superstructure extracontractuelle ne se conçoit d'autre part que s'ajoutant quelque temps à un contrat d'ailleurs équilibré. Mais si l'on suppose que le service public a radicalement cessé de fonctionner, c'est un cas de force majeure qui autorise le concédant ou le concessionnaire à demander la résiliation. Ou si le service, qui peut encore fonctionner utilement, ne le peut plus dans les mêmes conditions financières, le contrat devra être refait et l'application de la théorie de l'imprévision ne peut être le moyen de réaliser son adaptation définitive aux circonstances nouvelles¹.

E) Dans le cas où le cahier des charges d'une concession comporterait une clause d'après laquelle l'indemnité de rachat devrait être calculée sur la moyenne des bénéfices nets des dernières années, il y aurait lieu de faire entrer dans le calcul des recettes de la compagnie l'indemnité compensatrice des charges extracontractuelles dont le Conseil d'Etat a antérieurement décidé l'attribution².

Mais en construisant ainsi la théorie de l'imprévision, il y a des dispositions très importantes de la jurisprudence qu'on ne peut justifier.

A) Il n'y a jamais d'indemnité pour charge extracontractuelle si le concessionnaire ne se trouve en déficit dans la période où se sont produits les événements imprévus. Pour savoir si l'exploitation est déficitaire, il faudra exa-

1. Conseil d'Etat, 9 décembre 1932, *Compagnie des Tramways de Cherbourg*, S., 1933.III.9, conclusions Josse et note Laroque. — Cette solution est consacrée par la législation récente. Un décret du 23 octobre 1935, complété par un décret du 26 août 1937, permet aux départements et aux communes d'engager une procédure de révision ou de résiliation des actes de concessions ou d'affermages lorsque le déficit de l'exploitation « revêt un caractère permanent et ne permet plus au service de fonctionner normalement ». La même possibilité est offerte aux concessionnaires et aux fermiers.

2. Conseil d'Etat, 10 mai 1929, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec., p. 485 ; 30 juin 1933, *Société le Centre électrique*, S., 1934.III.17, note Mestre.

miner l'ensemble des opérations auxquelles elle s'est livrée en vertu du contrat¹. Si une compagnie concessionnaire en même temps de la distribution du gaz et de l'électricité compensait, par exemple, avec l'électricité les pertes que lui cause la fourniture du gaz, il n'y aurait pas application de la théorie de l'imprévision². Pourtant l'application logique du système proposé conduirait à isoler les charges extra-contractuelles : même si le concessionnaire tire un certain bénéfice de l'ensemble de ses opérations, il n'en a pas moins, pour partie, géré l'affaire de l'administration.

B) De même dans le calcul de la charge extracontractuelle il faudra tenir compte de tous les gains qui, conséquences directes ou indirectes du contrat, viennent atténuer pour le concessionnaire les pertes résultant du bouleversement des circonstances économiques³.

C) Enfin et surtout il est impossible de justifier le caractère unilatéral du système, le fait que le concessionnaire seul en profite et jamais le concédant.

Ce caractère unilatéral de l'imprévision a été d'ailleurs contesté⁴. Mais les exemples sur lesquels on s'appuie ne sont pas du tout probants. Dans l'arrêt *Compagnie générale des automobiles postales*⁵, la compagnie requérante avait vu, par suite des circonstances de la guerre, baisser l'importance du service qu'elle assurait et, dans la même proportion, diminuer la somme des redevances qu'elle percevait. Elle réclamait alors qu'il lui fût alloué la redevance minima prévue par le cahier des charges. Pour lui refuser le bénéfice de ce minimum, le Conseil d'Etat prend soin de

1. Not. Conseil d'Etat, 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice*, *Rec.*, p. 579 ; 4 novembre 1927, *Gaz de Roanne*, 28 mars 1930, *Ministre des Travaux publics*, *Rec.*, p. 362. — V. Jèze, *Les contrats administratifs*, t. III, p. 58 et suiv.

2. Conseil d'Etat, 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice*, *Rec.*, p. 579.

3. Mêmes arrêts.

4. Note anonyme au S., 1923.III.56 ; note de M. Alibert au S., 1929.III.113.

5. S., 1923.III.56. — Cf. aussi un deuxième arrêt du 12 mars 1920, *Rec.*, p. 275.

constater « que, dans les termes où il est conçu, et en égard notamment à la relation précise de cause à effet qui s'établit entre l'intervention volontaire de l'administration dans les modifications de parcours et le paiement d'un minimum de redevance, le texte précité doit être regardé comme ayant pour objet de garantir le concessionnaire contre les répercussions financières des réductions de service *volontairement* prononcées par l'administration, en vertu du pouvoir discrétionnaire qu'elle tient à cet égard de l'alinéa I ci-dessus rappelé ... ». Le Conseil d'Etat ne refuse donc pas ici d'appliquer certaines conséquences de la loi contractuelle qui seraient imprévues et trop lourdes, il constate seulement les limites de l'obligation de l'administration telles qu'elles résultent des termes mêmes du contrat. Cela est bien différent. Quant à l'arrêt *Pechdo*¹ il ne concerne pas la manière des contrats et nous semble étranger à la théorie de l'imprévision².

Hauriou a montré, cependant, que l'idée de pertes extracontractuelles impliquait l'idée de gains extracontractuels³. M. Jacquemard reprend cette observation dans les termes suivants : « Pourquoi seraient-ce toujours les concessionnaires qui seraient appelés à bénéficier de la théorie de l'imprévision et non pas également les collectivités concédantes ? La perte imprévisible suppose le gain imprévisible, le régime juridique appliqué à l'une de ces situations doit être en bonne logique appliqué à l'autre. En un mot, la théorie de l'imprévision devrait être bilatérale ».

« Ce caractère qu'elle devrait revêtir est absolument équitable et on ne voit pas quelle raison soit de droit soit de fait on pourrait lui objecter »⁴.

1. S., 1929.III.113, note Alibert.

2. V. *supra*, Section II : La révocation des actes administratifs irréguliers.

3. Notes précitées au S., 1916.III.17 et 1920.III. 25.

4. *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, thèse précitée, p. 210. M. Jacquemard ajoute : « Cette critique, soulignons-le, n'est pas seulement d'ordre théorique. Les procédés de la technique gazière se sont considérablement améliorés au début de ce siècle et ont entraîné de

Et en effet si l'on considère la théorie de l'imprévision comme essentiellement une théorie de la situation extracontractuelle, cette absence de réciprocité dans son application est inexplicable.

Il ne faudrait pas croire qu'il y a une certaine contradiction entre cette objection et les deux précédentes. Ce n'est pas parce que les gains extracontractuels viennent en déduction des pertes extracontractuelles, que l'on tient compte, pour la détermination de l'existence du déficit et de l'importance de la charge extracontractuelle, de tous les éléments du contrat. Car cette compensation est établie entre les pertes extracontractuelles et les gains quels qu'ils soient, imprévus ou non, extracontractuels ou non, que le concessionnaire a pu tirer au même moment de quelque activité se rattachant à l'exécution du contrat.

On est donc amené à chercher une autre combinaison de la théorie de la situation extracontractuelle avec le principe de la continuité du service.

IV

Dans la première conception le principe de la continuité du service public n'intervenait que pour donner naissance à la situation extracontractuelle et son rôle s'arrêtait là. La situation extracontractuelle était l'élément essentiel, la cause efficiente des solutions dont la continuité du service n'était que la cause occasionnelle. Dans une deuxième doctrine, au contraire, on mettra les deux principes sur le même plan. On dira : la situation extracontractuelle est

fortes économies dans l'exploitation des entreprises ; on ne pense pas que les compagnies gazières aient fait bénéficier les concédants de l'augmentation qu'elles enregistrent de ce fait dans leurs bénéfices. De même l'utilisation des sous-produits de la houille, et notamment des produits ammoniacaux destinés à l'industrie chimique, est chose relativement récente ; elle rapporte aux compagnies gazières de très fortes sommes. Rien n'indique que les collectivités aient profité de cette augmentation importante de ressources pour les compagnies gazières dont les contrats étaient antérieurs à l'utilisation des sous-produits ».

prise en considération et mérite une indemnité au contractant qui s'y est trouvé uniquement parce que, sans cela, le concessionnaire ou le fournisseur pourrait s'y ruiner et devrait interrompre alors sa collaboration au service.

Il faut remarquer que le principe de la continuité du service public n'a plus ici tout à fait le même contenu que dans la doctrine précédente. On le concevait comme une obligation pesant sur le concessionnaire de ne pas interrompre sa collaboration. Maintenant on en fera découler aussi l'obligation pour le concédant (ou, à défaut, pour le juge) d'allouer une indemnité pour les charges extracontractuelles afin d'empêcher le concessionnaire de périr sous leur poids.

Ce sera donc bien encore sur la base de la notion de situation extracontractuelle que sera opéré le règlement de l'indemnité dans le cas d'imprévision, mais ce règlement particulier n'interviendra que pour éviter l'interruption qui résulterait, dans la marche du service, de la ruine du concessionnaire.

Cette théorie semble être plutôt celle de la doctrine. Ainsi M. Jèze écrit : « En droit public, la nécessité d'assurer la continuité du service public est l'idée prépondérante. C'est ce que certains juristes de droit privé n'ont pas compris. Ils ont cru pouvoir transporter en droit privé la solution du droit public... »¹. De même M. Mestre parle de « l'objet propre (de la théorie de l'imprévision) qui est d'empêcher le concessionnaire de succomber sous le poids des charges imprévisibles »². On pourrait relever aussi plusieurs affirmations de commissaires du gouvernement qui sont dans ce sens.

Cette construction échappe aux objections adressées à la doctrine précédente : l'exigence du déficit, la déduction dans le calcul de la charge extracontractuelle de tous les gains qui sont venus atténuer pour le concessionnaire les

1. *Op. cit.*, p. 13-14.

2. Note précitée au S., 1934.III.17.

conséquences onéreuses du bouleversement économique, le caractère unilatéral du système jurisprudentiel, tout cela se justifie par cette considération que la nécessité d'éviter l'interruption du service cause seule, et par conséquent limite, le règlement de la situation extracontractuelle. Cependant on ne rend compte encore de la jurisprudence que d'une façon approximative. En fait ni l'indemnité pour imprévision n'est réglée comme le voudrait l'idée de situation extracontractuelle, ni le principe de la continuité du service public ne conditionne exactement ce règlement.

A) Si le Conseil d'Etat, pour la détermination de la charge extracontractuelle, enjoint aux experts d'isoler la période où se sont produits les événements imprévisibles, il ne met pas la totalité de l'indemnité ainsi calculée à la charge de l'administration. Une partie des conséquences onéreuses de la surcharge extracontractuelle devra être laissée au concessionnaire. Tous les éléments qui avaient été éliminés avec soin du premier calcul sont réintroduits dans le second : les bénéfices du passé et les perspectives de l'avenir. La détermination de cette part reposera sur « l'interprétation raisonnable du contrat », sur « l'examen de toutes les circonstances de l'affaire »¹, sur l'équité en un mot. La fermeté juridique de la première solution était bien inutile puisque l'on aboutira finalement à un dosage sentimental des charges à laisser à chacune des parties.

B) Puisque c'est le principe de la continuité du service public qui rend nécessaire l'attribution d'une indemnité pour charge extracontractuelle, il doit s'ensuivre que cette attribution ne saurait avoir lieu lorsque la question de la continuité du service ne se pose plus. Si la période extracontractuelle est terminée, si la concession est arrivée à son terme, si la livraison de fourniture est faite, le service public n'a rien à craindre désormais et l'administration pourrait

1. Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, S., 1916.III.17 et, parmi les arrêts postérieurs qui complètent la formule, 30 décembre 1921, *Société suburbaine du gaz et de l'électricité*, *Rec.*, p. 1127.

se désintéresser des charges qu'a supportées son collaborateur.

Or, dans de très nombreux cas, sinon dans la plupart, l'indemnité d'imprévision est attribuée *a posteriori* pour liquider le passé, non pour ménager l'avenir de la concession. En outre, rappelons-le, lorsqu'une clause du cahier des charges d'une concession prévoit une indemnité de rachat égale au produit net moyen d'un certain nombre d'années antérieures, le Conseil d'Etat a jugé qu'il y avait lieu de faire entrer dans le calcul des recettes de la compagnie concessionnaire l'indemnité compensatrice des charges extracontractuelles que la compagnie a supportées pendant cette période. Bien plus, doit entrer en ligne de compte, non pas seulement l'indemnité que la ville devra payer à la compagnie concessionnaire pour charges imprévisibles, mais la totalité desdites charges, y compris la part que l'interprétation raisonnable du contrat aurait permis de laisser au concessionnaire (Il faut seulement que cette indemnité ait été accordée ou demandée antérieurement au rachat : sinon il serait trop tard). Pourtant le sort du concessionnaire n'est plus lié désormais à la marche du service et l'administration devrait pouvoir s'en désintéresser.

On objectera qu'il ne faut pas prendre en considération le moment où intervient le règlement de la situation extracontractuelle. Fût-il postérieur à cette situation, c'est quand même ce règlement, ou du moins la perspective de ce règlement, qui permettra au concessionnaire de faire face aux charges imprévisibles. En effet s'il lui est reconnu un droit à une indemnité ultérieure, il pourra emprunter sur la considération de ce droit. Le crédit est le moyen de mobiliser l'avenir pour le secours du présent.

Peut-être en effet en sera-t-il souvent ainsi, mais, souvent aussi, autrement. Le concessionnaire pouvait trouver du crédit de toute façon si le temps de la concession restant à courir permettait d'espérer un rétablissement de la situation ; la longue durée de son contrat pouvait rendre aisée-

ment surmontables les difficultés passagères. Même si la concession touchait à sa fin, peut-être avait-il des réserves qui lui eussent permis d'aller jusqu'au bout. Parfois enfin il pouvait satisfaire à toutes ses obligations, sauf à s'y ruiner : ce n'est pas une hypothèse à exclure, car, dès lors que sa collaboration est terminée, il n'y a pas d'inconvénient pour la continuité du service à ce que le concessionnaire soit ruiné.

En un mot, si la jurisprudence de l'imprévision ne répondait qu'à la nécessité d'assurer la continuité du service, il faudrait examiner dans chaque cas d'espèce si cette continuité est menacée par les événements imprévisibles.

V

Il faut donc renoncer à présenter la jurisprudence de l'imprévision comme déduite d'une doctrine juridique des contrats administratifs. Il faut y voir plutôt un ensemble de règles que l'administration s'impose pour atténuer à l'encontre de son concessionnaire la rigueur de la loi contractuelle.

Dans les contrats de droit privé les intérêts des deux contractants sont directement opposés : le créancier n'a pas de raison, le plus souvent, de ménager son débiteur. Il en est autrement dans les contrats de droit public : en se tenant trop strictement dans son droit, en refusant tout allègement de son débiteur, l'administration menacerait indirectement ses propres intérêts. Non pas seulement parce que le concessionnaire risquerait, épuisé, de ne pouvoir aller jusqu'au bout de sa collaboration ; c'est une raison, mais non la seule. Encore et surtout parce qu'il faut penser aux contrats futurs, que la rigueur d'aujourd'hui rendra plus onéreux les marchés de demain, découragera les entrepreneurs les plus sérieux. Hauriou a justement souligné cette raison : « Il ne faut pas considérer les entrepreneurs concessionnaires et fournisseurs avec lesquels l'adminis-

tration passe des marchés comme lui étant complètement étrangers. Ce personnel constitue comme une sorte de clientèle que l'administration a intérêt à ménager parce qu'il est habituellement à son service »¹. L'intérêt bien entendu de l'administration lui conseille la générosité, et, si l'on ose dire, de jouer le *fair play* dans le contrat.

D'où l'idée d'isoler la période où le contractant aurait à supporter des charges trop lourdes et inattendues. Mais il faut prendre garde qu'en baptisant ces charges d'extracontractuelles on commet un léger abus de mot : si elles étaient vraiment extracontractuelles le concessionnaire n'en devrait rien supporter sans injustice flagrante. Ces charges sont, au fond, contractuelles, mais le Conseil d'Etat contraint l'administration d'y participer et de ne pas se tenir, avec une maladroite et cruelle intransigeance, dans les termes de son droit.

On ne peut donc pas dire que la jurisprudence de l'imprévision soit l'application d'un système juridique qui serait celui du contrat de droit public et qui présenterait une physionomie différente du contrat de droit privé. Il faut y voir nécessairement l'exercice d'un pouvoir hiérarchique imposant aux administrations une politique contractuelle et des obligations auxquelles elles ne seraient pas tenues en droit.

1. Note au S., 1916.III.17.

SECTION IV

LA RÉVOCATION DES PERMISSIONS DE VOIRIE¹

I. Les occupations privatives du domaine public : concessions, permissions de voirie. Distinction des permis de stationnement et des permissions de voirie proprement dites. — II. Le droit pour l'administration de révoquer les permissions de voirie : la doctrine (théorie de M. Berthélemy, théorie d'Hauriou); les textes; les solutions qui en découlent. — III. La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat : a) en ce qui concerne les révocations motivées par l'intérêt fiscal : prohibition. Pourquoi le Conseil d'Etat traite différemment le refus et la révocation lorsque l'intérêt financier les inspire; b) en ce qui concerne les révocations motivées par l'intérêt économique général de la circonscription administrative : prohibition en règle générale, mais exception lorsqu'il s'agit pour la commune d'éviter une condamnation pécuniaire. Nature de la règle et de l'exception. — IV. La jurisprudence nouvelle : a) rien n'est changé en ce qui concerne l'intérêt purement financier; b) mais la révocation est désormais possible pour l'intérêt général : arrêts *Demoiselle Taillandier*, *Laraque*, *Buasse*, *Belot*. — V. Conclusion : toute cette jurisprudence apparaît comme un corps de règles hiérarchiques, restreignant pour l'intérêt des permissionnaires le pouvoir des administrateurs lorsque les circonstances le permettent, s'élargissant au contraire jusqu'à la limite légale lorsque l'intérêt général l'impose.

I

Si les particuliers peuvent circuler librement sur le domaine public de la voirie et y stationner momentanément, toute utilisation privative et anormale est par contre soumise à l'autorisation de l'administration qui, propriétaire ou gardienne, a la charge d'examiner dans quelle mesure ces usages exceptionnels sont compatibles avec la destination générale du domaine.

Cette autorisation peut résulter soit d'un acte administratif unilatéral, soit d'un contrat. Dans le premier cas on dit qu'il y a *permission de voirie*, dans le second cas *concession*.

Parmi les permissions de voirie, il faut sous-distinguer

1. Mestre, *La révocation des permissions de voirie*, *Revue des concessions*. 1923, N° 1 et tirage à part; Monsarrat, *Voies urbaines publiques et privées et urbanisme*. — Thèses Ségur (Bordeaux, 1912) et Trotabas (Paris, 1924).

les *permis de stationnement ou de dépôt* et les *permissions d'occupation temporaire* d'une part ; d'autre part les *permissions de voirie proprement dites*¹ qui, suivant les termes du Conseil d'Etat², comportent « emprise du domaine et modification de l'assiette de celui-ci ». Cette division a une grande importance juridique³. C'est ainsi que les autorisations de la première catégorie sont accordées par les autorités qui possèdent sur la voie les pouvoirs de police, tandis que les permissions de voirie *stricto sensu* sont délivrées par les autorités qui assurent la conservation du domaine. Et la redevance qui pourra être exigée de l'impétrant ira à l'autorité qui a donné l'autorisation.

Dans la première catégorie il est important de mettre à part les autorisations qui ont pour objet de permettre à quelqu'un de « s'installer à titre privatif, pendant un certain temps, d'une certaine manière sur une dépendance domaniale faite pour cela »⁴ (par exemple occupation d'une place dans un marché, dans un port etc...). Nous sortons là un peu de la matière des permissions de voirie que nous avons définie comme une occupation anormale du domaine. Il s'agira alors en effet d'une occupation normale, conforme à sa destination, d'une certaine portion du domaine ; et la situation du particulier sera différente de celle que nous allons étudier et qui existe au profit des autres permissionnaires, car il aura, suivant l'expression de M. Rolland, une aptitude légale à obtenir la permission et à en conserver le bénéfice.

Lorsqu'il y a concession, la situation juridique du concessionnaire étant une situation contractuelle, ce sont les

1. Toutes ces distinctions ne sont pas faites sur les mêmes bases par tous les auteurs. De plus il est peu de matières où la terminologie soit plus incertaine. Presque chaque auteur a la sienne, et si les mêmes mots se retrouvent chez plusieurs on peut être assuré que c'est chaque fois avec un sens différent.

2. Avis du 30 novembre 1882, cité par Hauriou, *Précis*, 12^e édit., p. 859.

3. Cette importance est soulignée dans les ouvrages précités de M. Mestre et de M. Troabas. — *Contra*, Rolland, *Précis de droit administratif*, 6^e édit., p. 419.

4. Nous empruntons la formule à M. Rolland, *Précis*, p. 415.

termes du contrat qui diront dans quels cas l'administration pourra mettre fin à la situation qu'elle a créée. Le recours contre une révocation irrégulière sera un recours de plein contentieux.

La situation du permissionnaire est au contraire une situation légale. C'est donc, sous réserve des dispositions qui sont quelquefois insérées dans l'acte d'autorisation, dans la loi qu'il faudra chercher à quelles conditions la révocation de la permission est possible. Nous allons voir que ce droit de révocation est très large, mais que la jurisprudence du Conseil d'Etat en a longtemps restreint l'usage, pour abandonner finalement les limitations qu'elle avait posées.

II

La nature des permissions de voirie est discutée en doctrine. M. Berthélemy¹ y voit des actes de tolérance administrative. Le domaine public est affecté à la circulation et l'administration a la charge de le maintenir dans cette affectation. Mais certains actes d'occupation privative, sans être conformes à la destination du domaine², peuvent n'y pas faire obstacle cependant. Cela gêne pas les passants que des conduites d'eau sillonnent le sous-sol des rues. « L'administration gardienne du domaine public peut donc se montrer tolérante à l'égard de ces usages privatifs. Mais qu'on retienne bien, pour résoudre les questions délicates auxquelles cette pratique donne lieu, que c'est seulement de tolérance qu'il s'agit ».

De ce principe découle d'abord que l'octroi des permissions de voirie est discrétionnaire et, en ce qui nous intéresse,

1. *Traité*, 12^e édit., p. 495. — L'opinion de M. Berthélemy est l'opinion traditionnelle, celle que soutient, par exemple, Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7^e édit., t. IV, p. 89 et suiv.

2. M. Berthélemy appelle *permis de stationnement* l'occupation conforme à la destination de la voirie, qui est accordée contre un droit ou un péage, mais pour laquelle il n'est pas besoin d'autorisation à proprement parler. Sa terminologie est donc différente de celle qui est adoptée au texte.

qu'elles sont nécessairement révocables. Mais M. Berthélemy atténue cette dernière conséquence logique en disant que cependant la révocation doit s'appuyer sur un motif tiré de l'intérêt de la circulation ou de la conservation du domaine.

Pour Hauriou¹, l'administration, propriétaire du domaine mais propriétaire « fiduciaire », a le devoir de n'écarter les demandes de permissions de voirie que pour la considération de l'intérêt du service ou de l'intérêt général. En effet, « elle doit tirer de la propriété qui lui est confiée le maximum d'utilisation compatible avec la destination générale du domaine ». Le droit du titulaire d'un permis de stationnement ou d'une permission de voirie s'analyse en un « droit réel administratif » (droit d'usage dans le premier cas, droit de jouissance plus étendue dans le second). L'existence de ces droits réels se concilie avec le principe de l'inaliénabilité du domaine public, par la précarité qui la caractérise essentiellement. Mais cette précarité n'est pas telle que l'administration puisse se dispenser de motiver ses révocations par des raisons de bonne administration.

Dans l'une et l'autre opinion, la précarité est un caractère essentiel de la situation du permissionnaire.

Il est indifférent que l'on considère ou non l'administration comme propriétaire du domaine : cela ne saurait avoir d'influence en ce qui concerne les révocations motivées par l'intérêt pécuniaire. On est ici en dehors de la destination normale du domaine, donc en dehors du règne de la police. Il n'y a pas plus d'inconvénient théorique à ce que se vendent les permissions de voirie que les produits du domaine public, dans la mesure où cela est compatible avec la destination principale du domaine.

Les textes consacrent bien en effet la révocabilité absolue.

L'article 98, alinéa 4, de la loi du 5 avr 1884 le dit formellement : « Les permissions de voirie à titre précaire

1. *Précis*, 12^e édit., p. 859 et suiv.

ou essentiellement révocables sur les voies publiques qui sont placées, dans les attributions du maire et ayant pour objet, notamment, l'établissement dans le sol de la voie publique de canalisations destinées au passage ou à la conduite soit de l'eau soit du gaz, peuvent en cas de refus du maire non justifié par l'intérêt général être accordées par le préfet ».

La loi du 8 avril 1898, sur le régime des eaux, dispose que « les prises d'eau et autres établissements créés sur les cours d'eau navigables ou flottables, même avec autorisation, *peuvent toujours être modifiés ou supprimés*. Une indemnité n'est due que lorsque les prises d'eau ou établissements dont la modification ou la suppression est ordonnée ont une existence légale »¹.

Si large qu'apparaisse dans ces textes le droit de révocation, le recours pour excès de pouvoir permettra d'obtenir l'annulation des retraits de permission dans tous les cas où l'acte serait vicié par l'incompétence de l'agent, un vice de forme, une violation de la loi ou un détournement de pouvoir. La correction d'un acte de révocation s'appréciera sans difficultés particulières au point de vue des trois premiers cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, qui n'atténueront pas la précarité du droit du permissionnaire. Il est plus délicat et plus important de préciser la notion de détournement de pouvoir dans cette matière.

La notion de détournement de pouvoir, on le sait, est à deux degrés. Un acte administratif est illégal lorsque son but est étranger à l'intérêt public. Mais un administrateur commet encore une illégalité lorsque, poursuivant un but d'intérêt général, il ne respecte pourtant pas une fin administrative particulière que la loi a pu poser aux pouvoirs qu'elle conférait.

Les deux grandes questions qui se posent alors à ce sujet sont les suivantes :

1. « L'existence légale repose sur une existence antérieure à 1566 et authentiquement établie ou sur une vente nationale » (Rapport de M. Cuvinot au Sénat). La date de 1566 est celle de l'ordonnance de Moulins proclamant l'inaliénabilité du domaine.

— l'administration peut-elle légalement user de son pouvoir de révocation dans un but de fiscalité ?

— le peut-elle du moins dans un but d'intérêt général ?

A) Nous croyons que la réponse à la première question doit être affirmative.

Que l'attribution et le retrait des permissions de voirie doivent s'inspirer de l'intérêt de la circulation, et qu'il y ait donc un élément de *police* indéniable dans ces actes, cela n'empêche pas que les préoccupations financières ne puissent intervenir elles aussi. On ne peut mieux dire à ce sujet que M. Jèze¹ : « Les rues sont faites normalement pour la circulation et l'usage en est gratuit pour tous. En conséquence les particuliers ont le droit de circuler sur la voie publique sans avoir à payer de redevances. Mais voici un individu (cafetier, établissement de bains) qui demande à réaliser des bénéfices par un usage *anormal* de la voie publique. Les agents publics ne sont-ils pas fondés à faire valoir que pour sa création, son aménagement, son entretien, la chose publique a coûté et coûte de l'argent aux contribuables et que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ? Pour quelle raison le particulier obtiendrait-il gratuitement cet usage anormal ? Pour quel motif l'administration, dédaignant la question d'argent qui préoccupe le particulier, se tiendrait-elle superbement dans un rôle purement passif en se bornant à voir si l'usage anormal demandé par le particulier en vue de réaliser des bénéfices ne gênera pas le service public ? ». Plusieurs lois ont autorisé l'administration à percevoir des redevances pour les permissions qu'elle accorde : c'est reconnaître que tout intérêt financier ne doit pas être nécessairement écarté. Donc l'intérêt fiscal paraît être un motif qui peut inspirer légitimement tant l'octroi que le retrait des permissions de voirie.

B) Dans tous les cas, rien n'empêche en droit les adminis-

1. *Les principes généraux*, 3^e édit., t. III, p. 242.

trations de prendre en considération leur intérêt économique général pour accorder ou révoquer les permissions de voirie. Rien ne permet de dire que le seul intérêt de la viabilité doive inspirer ces actes. Une telle limitation n'est nulle part dans la loi et elle serait arbitraire.

Sur ces deux points le Conseil d'Etat a apporté des solutions bien plus complexes que celles qu'inspirent les textes et la notion traditionnelle de la permission de voirie. Pour examiner le détail de cette jurisprudence qui a subi une évolution récente, nous étudierons d'abord ses solutions traditionnelles pour la prendre ensuite dans son dernier état.

III

A) En ce qui concerne *l'intérêt fiscal* proprement dit, la révocation est plus sévèrement appréciée que le refus de permission. Les permissions peuvent être refusées pour des motifs d'ordre fiscal¹ mais elles ne peuvent être révoquées pour les mêmes motifs². (Cependant s'il a été stipulé que le maintien de la permission serait subordonné à l'exécution de certaines conditions financières, l'administration peut opérer le retrait au cas où le permissionnaire refuse de satisfaire à ses obligations³. La situation du permissionnaire n'est pas contractuelle en principe, mais rien n'empêche que certaines conditions posées dans l'acte de permission restreignent la portée de celui-ci, voire même qu'un élément contractuel s'y greffe).

1. Conseil d'Etat, 6 mars 1885, *Bonhomme, Rec.*, p. 266 (Cet arrêt va jusqu'à dire que le refus n'est pas de nature à être déféré à la juridiction contentieuse, formule excessive et que corrige l'arrêt *Larbaud*, 26 novembre 1886, *Rec.*, p. 840); 22 mars 1929, *Société de construction d'embranchements industriels, Rec.*, p. 355.

2. Conseil d'Etat, 29 novembre 1878, *Dehaynin, Rec.*, p. 960; 19 mars 1880, *Compagnie centrale, Rec.*, p. 334; 22 juin 1883, *Société du matériel agricole, Rec.*, p. 578; 30 janvier 1914, *Magnard, Rec.*, p. 111.

3. Conseil d'Etat, 25 juin 1907, *Compagnie d'éclairage par le gaz d'Abbeville, Rec.*, p. 75.

Pourquoi traiter différemment le pétitionnaire et le permissionnaire ? M. Mestre, dans sa fine analyse de la jurisprudence¹ nous en donne la raison : « Le refus, dit-il, nous met en présence d'une table rase. Le pétitionnaire n'a rien ; il sollicite de l'administration en sa faveur une décision qui le placera dans une certaine situation juridique, qu'il n'est nullement sûr d'obtenir. Tout ce qu'il peut exiger, c'est que la décision qui sera prise à son égard soit rendue par l'autorité compétente, soit régulière en la forme, ne viole aucune loi et ne méconnaisse pas les règles d'une moralité administrative élémentaire, mais en ce qui concerne les préoccupations financières de l'administration sollicitée, il va de soi que celle-ci a non seulement le droit, mais le devoir de ne pas les perdre de vue. Comme le dit M. Jèze, « la permission de voirie est une affaire », équivalant à une location : on ne saurait donc reprocher à l'administration de refuser une permission lorsque le pétitionnaire ne consent pas à prendre l'engagement de payer une redevance pour l'occupation sollicitée ».

« Au contraire le retrait de la permission nous met en présence d'un administré qui se trouve déjà dans une situation juridique déterminée par le fait de la permission qu'il a obtenue, situation à laquelle M. Laferrière attache la qualification de « droit ». Je ne vois aucun inconvénient à adopter cette terminologie, à condition de préciser qu'il ne saurait s'agir ici d'un droit pareil à ceux qu'envisage le droit civil, mais d'une situation particulière au droit administratif, opposable à tous, sauf à l'administration quand elle exerce sur la portion considérée du domaine public ses prérogatives inaliénables. Seuls les règles essentielles de la police et le principe de l'inaliénabilité du domaine public sont susceptibles de faire échec au droit du permissionnaire. Si donc l'administration porte atteinte à la situation de ce dernier par des actes ayant pour but d'assurer l'ordre public

1. *Loc. cit.*, p. 12 et 13.

ou de sauvegarder l'intégrité de la voie publique, le permissionnaire devra les subir, mais il pourra en revanche obtenir l'annulation de toute mesure qui ne s'inspirerait pas de ces mobiles essentiels, qui notamment serait fondée sur des préoccupations fiscales ».

« En somme le pétitionnaire n'a pas de droit ; le permissionnaire a un droit, telle est la raison pour laquelle ce dernier est investi de prérogatives plus énergiques au regard des actes administratifs inspirés par des mobiles financiers ».

Ces considérations montrent parfaitement pourquoi un bon administrateur ne peut pas révoquer une permission aussi facilement qu'il la refuse : dans le premier cas il a en face de lui un particulier qui jouit d'une situation que l'administration lui a conférée, qui a organisé ses intérêts autour de cette situation, qui spéculé sur son maintien et auquel la révocation causerait peut-être un grand dommage ; dans le deuxième cas, si un espoir est déçu, aucun préjudice ne résultera de la décision.

Mais ce sont là des soucis de moralité administrative. En droit, on ne voit pas pourquoi la situation du permissionnaire serait différente de celle du pétitionnaire. Le permissionnaire a un droit ? Oui, à l'égard des tiers ; et même si l'on veut à l'égard de l'administration : mais alors ce droit est « précaire » et « essentiellement révocable » aux termes de la loi. La précarité de son titre n'existe-t-elle qu'au regard du domaine public et de ses exigences propres ?¹ Elle existe au regard de l'administration, et s'il y a deux éléments « police » et « affaire » dans l'octroi de la permission de voirie, il faut bien que ces deux éléments subsistent et dominent le régime tout entier de l'institution. Pourquoi l'élément « affaire » serait-il écarté dès l'instant que la permission est accordée ? S'il est à l'origine de la situation pourquoi disparaîtrait-il en route et ne se trouverait-il plus dans l'acte qui lui met fin ?

1. Laferrière, t. II, p. 559.

B) On suppose maintenant que l'autorité administrative désire révoquer une permission de voirie, non plus parce que le permissionnaire refuse de payer la taxe qu'on lui demande ou parce qu'un autre payerait mieux à sa place, mais pour *l'intérêt économique général de la circonscription administrative*. Une commune, par exemple, qui désire concéder un service d'éclairage, pourra-t-elle retirer les permissions de voirie antérieurement accordées en vue de mettre le futur concessionnaire à l'abri de toute entreprise concurrente ?

La jurisprudence admettait sans difficulté la révocation motivée par le souci de faciliter des opérations de travaux publics sur l'emplacement occupé¹. C'est bien ici en effet l'intérêt du domaine qui est en jeu.

En dehors de ce cas, elle avait posé le principe qu'aucune révocation n'était valable si elle était fondée sur l'intérêt économique de la personne morale administrative, ou sur toute autre considération étrangère à la police de la circulation et à la conservation du domaine.

C'est ainsi qu'est annulé l'arrêté du maire qui retire à une compagnie l'autorisation de placer dans les rues de la voirie municipale des conducteurs d'électricité destinés à l'éclairage : vu qu'il résulte des termes de l'arrêté attaqué que le maire a usé de ses pouvoirs « en vue d'obtenir un service d'éclairage plus avantageux pour la ville »². Lorsque la commune désire concéder un service d'éclairage, le maire ne peut valablement retirer l'autorisation qu'il a accordée à une compagnie d'éclairage par le gaz, en vue de mettre le futur concessionnaire à l'abri de toute concurrence³. Le retrait ne serait même pas justifié s'il avait pour but de faciliter l'installation d'un service qu'entreprend la commune elle-même⁴.

1. Conseil d'Etat, 29 novembre 1895, *Bovis, Rec.*, p. 774 ; 26 mai 1911, *Compagnie des mines de Courrières, Rec.*, p. 645. Voir pourtant l'arrêt *Mazeron*, du 19 janvier 1894, *Rec.* p. 52.

2. Conseil d'Etat, 4 janvier 1895, *Compagnie du gaz d'Agen, Rec.*, p. 3.

3. Conseil d'Etat, 14 janvier 1910, *Meurdrac, Rec.*, p. 26.

4. Conseil d'Etat, 15 novembre 1895, *Tauveron et Cie, Rec.*, p. 706.

Le désir de trancher une contestation entre un permissionnaire et un particulier ne peut justifier non plus le retrait de permission¹. Il est vrai qu'on peut voir ici moins une conception particulière du retrait de la permission de voirie que l'application d'une règle générale s'imposant à tous les actes administratifs : le rôle de l'administration n'est pas de trancher les litiges et de se substituer aux juges².

Nous l'avons dit plus haut, ces restrictions au droit de révoquer les permissions de voirie ne s'imposent pas du tout en droit. Le Conseil d'Etat en les édictant allait plus loin que les prescriptions juridiques et formulait des règles hiérarchiques destinées à assurer une stabilité convenable à la situation du permissionnaire. La preuve en est qu'après avoir prohibé les révocations dans l'intérêt économique de l'administration, il ne se croit pas tenu d'être conséquent à la règle qu'il a posée. C'est une règle de bonne administration, de valeur provisoire et, pour l'intérêt de la bonne administration, on y pourra déroger.

Vers 1900, l'électricité commençait à concurrencer le gaz pour l'éclairage urbain. Les villes, pour assurer à leurs habitants le bénéfice de ce nouveau procédé, accordèrent souvent des permissions de voirie aux entrepreneurs électriciens. Mais, souvent aussi, elles avaient antérieurement concédé le monopole de l'éclairage à des compagnies utilisant le gaz. Les compagnies concessionnaires leur demandèrent dans ce cas des dommages-intérêts et pour éviter des condamnations très lourdes, les maires voulurent révoquer les permissions de voirie accordées aux entrepreneurs d'éclairage par l'électricité. Il semblait que la jurisprudence du Conseil d'Etat dût les en empêcher, puisque le souci d'éviter des condamnations pécuniaires est un intérêt patrimonial au premier chef. Ni la police de la circulation ni la conservation du domaine n'étaient intéressées à la révocation de ces permissions, mais seulement l'équilibre du budget communal.

1. Conseil d'Etat, 8 février 1889, *Thorrand, Rec.*, p. 163.

2. Mestre, *op. cit.*, p. 15.

Le respect de la chose jugée ne pouvait non plus servir de motif à ces révocations puisque, ce qui avait été jugé, ce n'était pas la validité des permissions, mais bien la responsabilité contractuelle encourue par la commune à l'occasion de leur octroi. Le principe du respect de la chose jugée se trouvait pleinement satisfait dès lors que la commune payait l'indemnité qu'elle devait.

Le Conseil d'Etat eut d'abord à connaître d'une demande d'indemnité contre la ville de Sedan formulée par un permissionnaire distributeur d'électricité dont la permission avait été révoquée pour éviter que la ville ne fût condamnée à des dommages-intérêts envers une compagnie concessionnaire du monopole de l'éclairage¹. Mais dans cette affaire le Conseil d'Etat n'eut pas besoin de modifier sa jurisprudence. Il put en effet relever dans l'acte de permission une série de conditions qui en restreignait l'étendue : ainsi l'obligation de garantir la ville de tout procès ; et il parut même que le maintien de l'autorisation était subordonné à cette condition très générale que la ville n'en subirait aucun préjudice. La révocation pouvait donc être déclarée valable conformément à la jurisprudence sur les conditions qui peuvent restreindre l'étendue du droit du permissionnaire².

Le problème ne fut vraiment posé que par l'affaire *Pécard*³. A la suite d'un arrêt du Conseil d'Etat qui avait déclaré la ville de Nevers engagée envers le concessionnaire de l'éclairage par le gaz à ne pas favoriser d'entreprise concurrente, le maire avait retiré les autorisations de voirie données aux sieurs Pécard frères pour la pose de câbles électriques dans les rues de la ville. Le préfet de la Nièvre avait de même révoqué les autorisations de grande voirie dont jouissait cette entreprise. S'appuyant sur la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, les requérants soutenaient que les révo-

1. Conseil d'Etat, 10 juillet 1896, *Colette*, S., 1898.III.93.

2. V. arrêt du 25 janvier 1907 précité, *Compagnie d'éclairage par le gaz d'Abbeville*, *Rec.*, p. 75.

3. Conseil d'Etat, 27 décembre 1901, S., 1902.III.33, note Hauriou.

cations ainsi prises pour éviter des condamnations pécuniaires à la ville étaient entachées de détournement de pouvoir. Mais la haute assemblée, estimant qu'on ne pouvait laisser la ville dans cette impasse, n'hésita pas à écarter dans ce cas l'application des règles qu'elle avait formulées. La requête des permissionnaires fut donc rejetée pour ce motif que « si, en règle générale, les permissions de voirie, bien que précaires et révocables, ne peuvent être arbitrairement retirées lorsque l'intérêt de la sécurité ou de la circulation n'en fait pas une obligation, il doit en être autrement toutes les fois que leur maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire de la commune ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée ».

La même solution fut adoptée l'année suivante dans l'arrêt *Goret*¹.

Pour justifier ces arrêts, M. Romieu, dans ses conclusions sur l'affaire *Goret*², construisit un système ingénieux. Cela consistait à distinguer : d'une part les permissions de voirie proprement dites, « c'est-à-dire celles qui sont délivrées aux propriétaires ou industriels pour leur éclairage exclusif, sans distribution au public », d'autre part les autorisations d'occuper la voie publique accordées pour assurer une distribution d'éclairage au public. Les permissions de voirie de la première catégorie sont accordées par acte d'autorité et ne peuvent être retirées que pour l'intérêt de la viabilité de la circulation et de la sécurité. Au contraire lorsqu'il y a distribution au public nous ne sommes plus dans le domaine de la police mais dans celui de la gestion : il s'ensuit que les autorisations du deuxième genre, en tant qu'actes de gestion voient leur validité subordonnée aux engagements antérieurement pris.

M. Mestre³ a montré combien cette argumentation était

1. 6 juin 1902, S., 1903.III.65, note Hauriou.

2. Conclusions rapportées au D., 1904.III.17.

3. *Loc. cit.*, p. 18.

peu convaincante. Même si l'on admet la distinction de l'autorité et de la gestion, on ne saurait aboutir à la justification de l'arrêt. « Lorsqu'une permission est accordée au mépris d'une concession préexistante, ce n'est pas la question de validité de la permission qui se pose devant le juge mais une question de responsabilité. Les actes juridiques accomplis en violation d'un contrat antérieur ne sont pas en principe nuls, quoiqu'ils puissent, en certaines circonstances, constituer des fautes pour leurs auteurs et entraîner à leur charge une responsabilité ». Le retrait n'est donc nullement justifié par cette théorie.

Si en prohibant la révocation des permissions de voirie pour l'intérêt économique de l'administration, le Conseil d'Etat avait constaté ou même édicté une règle de droit, il s'ensuivrait avec évidence que sa jurisprudence, à l'égard des villes qui ont imprudemment accordé de telles permissions, serait, comme le déclare M. Mestre, juridiquement inacceptable. La Cour de Cassation aurait adopté la seule solution possible : saisie d'un pourvoi contre un jugement du Tribunal de simple police de Bar-le-Duc refusant la sanction pénale à l'arrêté de révocation du maire, elle déclarerait que le juge avait fait une juste application de l'article 471, alinéa 15, du Code pénal « Attendu que le jugement de police constate que l'autorisation accordée à Goret ne lui a été retirée qu'à la suite d'un procès en responsabilité intenté à la ville de Bar-le-Duc par la société d'éclairage par le gaz, et pour prémunir, au moins en partie, la ville contre les conséquences pécuniaires d'un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 26 novembre 1897 » et « attendu qu'en prenant dans ces circonstances l'arrêté du 30 décembre 1898, le maire n'a point agi soit dans l'intérêt de la voirie, soit dans un intérêt public et de police, mais dans l'intérêt privé de la commune, et que, par suite, l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs n'est pas conforme au but en vue duquel ils lui

sont conférés »¹. Mais au contraire, à notre sens, la Cour de Cassation faisait fausse route en prenant pour des règles de droit les restrictions posées par le Conseil d'Etat au droit de révoquer les permissions de voirie. La contrariété des décisions des deux cours souveraines n'a pas d'autre explication que ce malentendu fondamental.

IV

A) L'intérêt purement financier, *l'intérêt fiscal* de la personne morale administrative semble être resté, dans l'état actuel de la jurisprudence, insuffisant pour motiver la révocation².

B) Par contre la jurisprudence a beaucoup évolué ces dernières années en ce qui concerne les révocations motivées par *l'intérêt économique et l'intérêt général*. La protection qu'elle assurait aux permissionnaires n'allait pas sans gêner l'administration dans l'utilisation de son domaine ; il parut nécessaire, dans le malaise des finances locales et pour faciliter l'organisation des services publics, de faire céder des scrupules de moralité devant l'intérêt général.

Le 6 mai 1932, le Conseil d'Etat examinait un recours en indemnité fondé sur la révocation prétendue illégale d'une permission de voirie. La requérante, la demoiselle Taillandier, était une marchande d'objets de piété qui exerçait son commerce en une baraque établie au voisinage de Notre-Dame de la Garde, à Marseille, c'est-à-dire sur le domaine militaire du Fort Villars. Son autorisation lui avait été retirée par l'autorité militaire, nullement pour l'intérêt de la défense nationale, mais pour des motifs, semble-t-il, variés, et assez discutables : désir de remettre l'ensemble du terrain à la surveillance du recteur de la basilique ; de l'affermier peut-être à un prix supérieur ; souci d'éviter aux visi-

1. Chambre criminelle, 25 octobre 1900, S., 1903.III.303.

2. V. les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rousselier pour l'arrêt *Demoiselle Taillandier* (D., 1934.III.21).

teurs le spectacle des disputes qui avaient coutume de mettre aux prises la requérante et l'une de ses concurrentes (l'ardeur et la vigueur d'expression que l'on sait à Marseille déployer dans ces incidents n'étaient pas, paraît-il, au goût de tout le monde et produisaient « un effet déplorable parmi les touristes »).

Le commissaire du gouvernement, M. Rousselier, posa la règle nouvelle qui devait déterminer désormais la validité des décisions de retrait : celles-ci peuvent s'inspirer non seulement de l'intérêt du domaine mais aussi de l'intérêt général. Néanmoins M. Rousselier concluait à l'allocation d'une indemnité, la révocation lui paraissant dans l'espèce entachée d'excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat décida qu'il ne résultait pas de l'instruction que la décision eût été prise « pour des motifs autres que ceux tirés de l'intérêt général ». La haute assemblée acceptait donc le principe nouveau posé par le commissaire du gouvernement sans admettre cependant qu'il y eût détournement de pouvoir dans la décision en cause. On ne saurait dire avec certitude si, jugeant constants les motifs que M. Rousselier attribuait à la décision d'après les pièces du dossier, le Conseil d'Etat estimait que tous ces motifs n'étaient pas étrangers à l'intérêt général, ou s'il pensait au contraire que ces motifs n'étaient pas suffisamment établis et que la décision devait en conséquence bénéficier de la présomption de régularité¹.

Un arrêt du 9 novembre 1932, *Laraque*², manifeste plus clairement encore l'évolution qui s'est produite. Une autorisation de circulation de courant électrique avait été accordée au sieur Laraque sous la condition qu'il n'en userait que pour ses propres immeubles. En fait cette condition n'avait pas été observée et, lorsque la commune eut concédé postérieurement la distribution de l'énergie électrique sur son territoire, la permission fut retirée. Cette révocation était valable pour inobservation d'une condition à laquelle

1. *Demoiselle Taillandier*, S., 1932.III.65, note P.L. ; D., 1934.III.21, note Duclos.

2. D., 1934.III.21.

l'autorisation était soumise et il n'était pas besoin d'invoquer l'intérêt général. Mais le Conseil d'Etat saisit l'occasion de répéter sa formule nouvelle comme pour lever tous les doutes qu'on aurait pu conserver. Après avoir dit « qu'il est constant que la distribution d'énergie électrique organisée par le sieur Laraque était, à la date de l'arrêté attaqué, affectée à la desserte d'immeubles autres que ceux mentionnés dans l'arrêté préfectoral du 26 juin 1907 ; que, dans ces conditions, le sieur Laraque ne saurait soutenir que l'arrêté précité serait entaché d'excès de pouvoir », il n'était pas besoin d'ajouter quoi que ce fût. Pourtant l'arrêt continue ainsi : « Considérant, d'autre part, que si le préfet a, par l'arrêté attaqué, tenu compte de la situation nouvelle résultant, pour la commune de Saint-Lunaire, de l'adoption d'un régime de concession pour la distribution d'énergie électrique sur son territoire, cette circonstance, favorable à l'intérêt général, ne saurait entacher ledit arrêt de détournement de pouvoir ».

Dans ses conclusions sur cette même affaire le commissaire du gouvernement, M. Georges Michel, disait : « Le préfet a-t-il en outre été poussé à prendre l'arrêté de retrait par le désir d'assurer un meilleur fonctionnement de la concession accordée par la commune ? C'est possible. Quoiqu'il en soit sur ce point, il ne nous semble pas que l'on pourrait trouver là un détournement de pouvoir. Nous n'avons pas il est vrai trouvé, sur cette question, de précédents dans votre jurisprudence. Mais rien ne nous paraîtrait s'opposer à ce que même une véritable permission de voirie régulièrement accordée fut retirée en vue de permettre une réorganisation du service de distribution d'électricité, désormais assuré par un concessionnaire ».

L'arrêt *Ruasse*, du 10 mars 1933¹, confirme encore cette jurisprudence dans un cas où d'ailleurs l'excès de pouvoir était flagrant. Le maire d'Alfortville n'avait eu aucune raison avouable de retirer au sieur Ruasse la permission

1. D., 1934.III.21.

qui lui conférait le droit de vendre des journaux dans un kiosque installé sur la voie publique : le véritable motif de la décision résidant dans le fait que le marchand de journaux vendait l'*Ami du peuple*, et même ne vendait que ce journal, car le différend qui existait alors entre la Fédération des journaux et M. Coty était si vif que les marchands de journaux eux-mêmes devaient choisir. Le Conseil d'Etat constate que le maire ne s'est décidé par aucune considération « relative à la protection de l'intérêt général ou des intérêts de la voirie » : l'arrêté est annulé et une indemnité compense le dommage causé par l'exécution d'office.

Enfin dans un arrêt du 15 mai 1936, *Belot*¹, le Conseil d'Etat reconnaît légitime le retrait d'un permis de stationnement destiné à l'exercice de la profession de chauffeur d'automobile de place, étant donné que le titulaire de ce permis s'était laissé aller à provoquer des incidents répétés sur la voie publique. Il convient de formuler cependant deux remarques qui restreignent la portée de cet arrêt. On peut supposer d'abord que par les incidents qu'il causait ce chauffeur était un facteur de désordre et de gêne pour la circulation : le retrait serait alors en définitive motivé par l'intérêt de la circulation. D'autre part, l'arrêt prend soin de le dire, un arrêté municipal réglementant la profession de chauffeur d'automobile de place avait prévu le retrait des permis dont les titulaires donneraient lieu à des plaintes réitérées pour inconduite habituelle, scandale, désordre ou rixe. On peut donc considérer qu'il n'y avait pas dans l'affaire révocation d'une permission de voirie pure et simple, mais bien révocation pour inexécution d'une condition à laquelle le maintien de cette permission était subordonné. Ce n'est pas alors la révocation en elle-même dont il faut examiner la validité, c'est la condition sur laquelle elle se fonde. L'intérêt de l'arrêt est qu'il admet la validité de conditions qui sont presque des « exigences du service public » et qu'il reconnaît implicitement au maire le droit

1. D., 1937.I.1, note Waline.

de s'attribuer, comme le dit M. Waline, une espèce de pouvoir disciplinaire sur la profession¹.

V

En résumé, et pour conclure, la révocation des permissions de voirie apparaît *en droit* comme toujours possible pour l'intérêt général. « Essentiellement révocable et précaire », la situation du permissionnaire n'est défendue que par la règle de droit qui interdit aujourd'hui aux administrateurs de se déterminer pour des considérations étrangères à l'intérêt public.

Le Conseil d'Etat estima longtemps que l'administration ne devait pas user de la plénitude de son droit, qu'elle devait maintenir une certaine stabilité aux situations qu'elle avait créées et qu'il serait trop peu élégant à elle d'y mettre fin pour son seul intérêt patrimonial (intérêt purement financier ou même intérêt économique général).

Mais voici que l'état des finances locales, victimes de la crise et de l'embarras des finances de l'Etat, n'encourage plus à la générosité. Dans le même temps, on devient exigeant à l'égard des collectivités et les communes notamment doivent satisfaire, plus ou moins directement, un grand nombre de besoins. Le domaine public de la voirie ne peut plus être considéré seulement comme la plate-forme de la circulation, il doit devenir le grand instrument qu'utilisera la commune pour la réalisation de ses fins. Le Conseil d'Etat autorise alors l'administration à utiliser toute l'étendue de son droit. Les circonstances sont changées et l'intérêt général impose que le domaine soit « exploité »². Les règles qui avaient été formulées sont abandonnées sans conséquence : ce n'étaient que des règles internes et hiérarchiques réalisant un aménagement essentiellement provisoire des pouvoirs de l'administration.

1. Compar. l'arrêt *Bonneton*, 8 mai 1929, S., 1929.III.41, note Bonnard.

2. Le mot est emprunté à la note P.L., précitée (S., 1932.III.65) qui contient un brillant développement de cette notion d'« exploitation du domaine ».

SECTION V

L'UTILISATION DES POUVOIRS DE POLICE

POUR OBTENIR

L'EXÉCUTION DES POUVOIRS ADMINISTRATIFS

- I. Les données juridiques du problème. — II. La solution du Conseil d'Etat et son caractère de prohibition hiérarchique. — III. La contre-épreuve fournie par la jurisprudence de la Cour de Cassation.

I

L'administration possède des pouvoirs généraux de police, qui s'imposent à tous les citoyens ; et lorsqu'elle a passé un contrat, en tant que créancière, des pouvoirs spéciaux à l'égard du contractant. Les règlements de police légalement pris sont revêtus de la sanction de l'article 471, alinéa 15, du Code pénal ; et les obligations du contrat sont sanctionnées par les pénalités inscrites dans cet acte.

Mais l'administration ne peut-elle pas user de ses pouvoirs de police pour obtenir l'exécution de son contrat dès lors que cette exécution intéresse les matières qui font l'objet de ce pouvoir de police ? Y a-t-il quelque obstacle au concours des pouvoirs qu'elle détient en tant que contractante et de ceux qu'elle détient en tant qu'autorité chargée du bon ordre, de la sécurité et de la salubrité publique ? Et puisqu'il est commode de raisonner sur la principale hypothèse qui a posé le problème devant la jurisprudence, si par exemple une commune a concédé sur son territoire le service de l'éclairage électrique, le maire ne peut-il imposer l'exécution du cahier des charges sous la menace des peines édictées au Code pénal ?

Examinons comment la question doit être résolue en droit et comment elle le fut par le Conseil d'Etat. La jurisprudence de la Cour de Cassation sur le même point servira de contre-épreuve et vérifiera le résultat de cette confrontation.

L'article 97 de la loi municipale détermine ainsi les pouvoirs du maire : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté et la salubrité publique. — Elle comprend notamment : — 1° Tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques, ce qui comprend le nettoiement, *l'éclairage*, l'enlèvement des encombrements, la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine, l'interdiction de rien exposer aux fenêtres ou autres parties des édifices qui puisse nuire par sa chute, ou celle de rien jeter qui puisse endommager les passants ou causer des exhalaisons nuisibles ».

En faisant application de ce texte au concessionnaire de l'éclairage, le maire semble dans son droit. On objectera peut-être que ces pouvoirs lui ont été confiés pour l'intérêt public et non pour obtenir l'exécution des contrats de la commune. Mais du moment que le contrat a lui-même pour objet l'accomplissement d'un service d'intérêt public, c'est encore cet intérêt public que le maire poursuit en exigeant l'application du cahier des charges.

Peut-on dire qu'il ne s'agit là que d'une mesure individuelle, tandis que la loi de 1884 vise les règlements généraux ? L'objection serait sans valeur car on a toujours admis que le maire pouvait très bien prendre, pour l'intérêt général, des mesures à portée individuelle¹.

On ne voit donc aucun obstacle juridique à cette utilisation des pouvoirs de police. Bien plus, l'exclusion radicale de l'élément de police dans les contrats de service public est contraire au génie de notre droit administratif. L'administration contractante n'est pas, au contrat, une partie comme les autres ; elle y conserve toujours son autorité et ses prérogatives.

Il est évident que cette intervention brutale dans les

1. Béquet, *Répertoire de droit administratif*, t. VI, V° Commune, p. 5, n° 137.

rapports contractuels a cependant quelque chose de fâcheux. Les sanctions contractuelles sont, *dans les circonstances normales*, d'une efficacité suffisante et le maire n'a nul besoin de brandir les foudres du Code pénal. C'est pourquoi le Conseil d'Etat devait interdire cette pratique.

II

Le maire de Remiremont ayant prescrit, sous les peines de l'article 471 du Code pénal, à la société concessionnaire de l'éclairage d'assurer aux heures et conditions de son cahier des charges l'éclairage des voies publiques, cet arrêté fut argué d'excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat décida « que si le maire de Remiremont estimait devoir contraindre la compagnie requérante à respecter ses engagements, il lui appartenait d'appliquer les pénalités prévues au traité de concession, sauf réclamation de la compagnie devant la juridiction compétente — mais qu'il ne pouvait sans excéder ses pouvoirs, assurer l'exécution dudit traité par une prescription de police ayant pour sanction les dispositions de l'article 471, alinéa 15 du Code pénal ; que dès lors ladite compagnie est fondée à demander l'annulation de l'arrêté attaqué ... »¹.

Cet arrêt est rédigé avec la fameuse brièveté qu'il est tout à fait juste de qualifier d'*imperatoria* car elle est celle du chef qui ordonne et non du juge qui argumente et s'efforce de prouver la justesse de sa solution. Il n'invoque aucun texte, bien entendu ; mais même aucune raison, sans doute parce qu'il n'y avait aucune raison juridique pour l'appuyer. Il ne faut pas hésiter à y voir la formule d'une prescription hiérarchique pure et simple.

1. 5 janvier 1924, *Société industrielle du gaz et de l'électricité*, *Rec.*, p. 17 ; S., 1926.III.33, note Hauriou. Cf. aussi l'arrêt du 21 décembre 1928, *Moussette*, S. 1930, III, 33, note Mestre.

III

Le même jour exactement que le Conseil d'Etat statuait comme on vient de le rapporter, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation avait à trancher la même question sur le pourvoi du ministère public contre un jugement du Tribunal de simple police d'Auxerre.

Le maire d'Auxerre avait agi comme son collègue de Remiremont. Il avait édicté un arrêté ainsi conçu : « Les concessionnaires et le directeur du service d'éclairage de la ville, tant au gaz que par l'électricité, sont tenus, sous les peines prévues par l'article 471 et suivants du Code pénal, d'assurer, aux heures et suivant les conditions des cahiers des charges, l'éclairage des voies publiques ». Or l'éclairage fit défaut certain soir ; il en fut dressé procès-verbal et les responsables furent cités devant le tribunal de simple police. Le juge de police les relaxa par ce double motif que l'arrêté dont l'application était requise avait été pris pour assurer l'exécution d'un contrat passé par le maire comme administrateur des biens de la commune et que cet arrêté n'avait pas pour objet un intérêt général et public.

Dans un arrêt qui a été sévèrement critiqué¹, mais dont l'argumentation est peut-être plus solide qu'il ne paraît, la Cour cassa le jugement d'Auxerre².

Cette argumentation tient en trois idées, qu'expriment trois groupes d'attendus, et que l'on va analyser séparément dans un ordre d'ailleurs différent de celui dans lequel ils sont présentés.

A) En principe, l'éclairage public est une matière qui entre dans les pouvoirs de police du maire :

« La police municipale confiée au maire pour assurer

1. V. Alibert, *Le contrôle juridictionnel*, p. 254-255.

2. 5 janvier 1924, D.H., 1924, p. 86. Cet arrêt n'est d'ailleurs pas plus isolé dans la jurisprudence de la Cour de Cassation que la solution opposée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. V. not. cass. crim. 16 février 1929, S. 1930.I.75, avec les arrêts cités en note ; Cass. crim. 17 juin 1933, S. 1935.I.37.

l'ordre et la sûreté publics comprend notamment l'éclairage des rues et places publiques ».

B) Il n'est pas nécessaire que les arrêtés de police contiennent des prescriptions générales. Dès lors qu'ils sont inspirés par l'intérêt général ils peuvent contenir des prescriptions qui ne visent qu'un individu déterminé :

« si les arrêtés pris en matière de police par l'autorité municipale doivent nécessairement avoir un intérêt général et public pour objet et ne peuvent statuer uniquement et exclusivement dans l'intérêt privé, il ne s'ensuit pas que ces arrêtés ne puissent, dans un intérêt général et public, contenir des dispositions spéciales soit à un établissement particulier, soit à une entreprise ou à une personne déterminée, puisqu'il est des cas où l'intérêt de la salubrité et celui de la sûreté et de la tranquillité dans les rues peuvent ne requérir qu'une mesure individuelle et que toute disposition prise en pareille matière par l'autorité compétente est évidemment obligatoire pour celui qu'elle concerne ».

Ce n'est pas sans quelque injustice qu'on a reproché à cet attendu d'être d'une rédaction « assez embarrassée »¹. Car l'idée est exacte et elle est clairement exprimée.

C) Ces deux principes étant posés, il reste à examiner l'objection la plus grave : c'est que le maire ne pourrait user de ses pouvoirs de police pour assurer l'exécution des obligations contractuelles car le domaine du contrat et le domaine de la police doivent rester séparés ; que dans la mesure où le maire est contractant il ne peut invoquer ses prérogatives d'autorité municipale.

La Cour de Cassation répond à l'objection de la façon suivante : « un maire peut agir en la double qualité d'agent du pouvoir exécutif et de représentant de la commune ; il peut en la première prendre des arrêtés sur les objets confiés à sa vigilance et à son autorité ; en la seconde souscrire des marchés pour assurer un service public et stipuler des

1. Beurdeley, *Le détournement de pouvoir dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration* (thèse, Paris, 1928).

clauses pénales en cas d'inexécution des conditions ; que les actes du représentant de la commune ne peuvent jamais paralyser le droit de l'agent du pouvoir exécutif de prendre des arrêtés et que les clauses pénales qu'il a stipulées ne peuvent pas davantage soustraire à l'application de la loi pénale, dans le cas de contravention, l'entrepreneur avec lequel le marché a été contracté ».

M. Alibert critique cette argumentation en ce qu'elle repose sur la distinction du maire en tant qu'agent du pouvoir exécutif et du maire représentant de la commune ; car ce n'est pas en qualité d'agent du pouvoir exécutif que le maire exerce ses pouvoirs de police : « s'il est en droit municipal un axiome indiscutable, c'est bien la règle en vertu de laquelle le maire est investi desdits pouvoirs comme représentant de la commune »¹.

Bien entendu il faut passer condamnation de l'argument ainsi présenté. Il n'en reste pas moins que le maire a toujours cette double qualité : de contractant qui peut invoquer les clauses pénales du traité, et d'autorité qui peut réglementer sous la sanction du Code pénal. Les pouvoirs qu'il tient du contrat s'ajoutent aux pouvoirs qu'il tient de la loi mais ne s'y substituent pas. Aucune convention ne peut paralyser les pouvoirs de l'autorité de police car ils sont inaliénables.

Il suffisait donc à la Cour de Cassation, ainsi qu'elle le fait aujourd'hui, de constater que les deux ordres de pouvoirs n'ont « rien de commun », c'est-à-dire qu'ils sont indépendants².

Aussi bien, le principe incontesté est que le maire peut prendre des arrêtés de police à portée individuelle pour assurer l'éclairage des voies publiques. Si l'on soutient par conséquent que ce principe souffre une exception, il faut en donner la raison. La charge de la preuve incombe à ceux qui nient le droit du maire, non à ceux qui l'affirment ; à

1. *Loc. cit.*

2. Cass. crim. 17 juin 1933, précité, S. 1935.I.37.

M. Alibert, non à la Cour de Cassation. Or, c'est un fait que cette preuve n'est pas apportée.

La raison suffisante de cette contrariété de décision, *concordia discordantium*, ne peut donc se tirer de l'erreur prétendue de la Cour de Cassation. On ne saurait non plus invoquer le hasard pour expliquer l'opposition des deux juridictions souveraines. On sera alors amené à parler une fois de plus de la timidité des tribunaux judiciaires vis-à-vis de l'administration. Cette timidité resterait à expliquer : mais cette raison n'est pas seulement superficielle, elle est inexacte. Car les tribunaux judiciaires se sont montrés à d'autres points de vue plus rigoureux pour l'administration que le Conseil d'Etat et notamment — comme nous le verrons dans une autre partie de cet ouvrage — alors même que l'administration avait besoin de ménagements et qu'on avait les plus grandes raisons d'être intimidé par elle : lorsqu'elle faisait la guerre.

Il faut bien se demander alors si les décisions opposées de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat ne doivent pas être considérées comme deux solutions distinctes à deux problèmes différents. La Cour de Cassation aurait constaté que rien en droit ne s'opposait à l'exercice par le maire de ses pouvoirs de police en la matière. Le Conseil d'Etat, outre la légalité jugeant la moralité de l'acte, aurait annulé l'arrêté de police comme constituant pour le maire un moyen inutilement brutal d'obtenir l'exécution du cahier des charges. Si quelque nécessité particulière avait inspiré l'utilisation de ce procédé, il est vraisemblable que le Conseil d'Etat ne l'eût pas condamné.

SECTION VI
LA VIOLATION DE L'INSTRUCTION DE SERVICE
COMME
OUVERTURE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR¹

I. Les règlements d'ordre intérieur administratif et la sanction de leur violation. — II. L'opinion de Laferrière ; la jurisprudence ancienne. — III. Le revirement de la jurisprudence avec les arrêts *Morand-Monteil*, *Rageot*, etc... Le maintien des solutions traditionnelles dans un grand nombre de cas : les arrêts *Fabre*, *Cochet d'Haltecourt*, *Jérémie*, etc... — IV. Incertitudes de la jurisprudence sur la question connexe du respect des règles que s'est imposées à lui-même l'auteur de l'acte. — V. L'explication de M. Alibert ; critique. — VI. La théorie d'Hauriou et de M. Chevallier ; exactitude relative mais impossibilité où elle est d'enserrer dans ses formules toutes les solutions concrètes de la jurisprudence. — VII. Conclusion : les deux sources de la jurisprudence : considération du droit, sanction de la moralité.

I

Les quelques exemples précédents ont montré que le Conseil d'Etat pose aux administrateurs certaines règles qui, à l'analyse, paraissent avoir le caractère de prescriptions hiérarchiques. La nature hiérarchique du contrôle qu'exerce la haute assemblée avec la forme juridictionnelle se prouverait également si l'on pouvait montrer que le recours pour excès de pouvoir sanctionne certaines instructions de service édictées par les chefs de l'administration active pour la direction de leurs subordonnés ou certaines règles dans lesquelles ces administrateurs se sont eux-mêmes enfermés. Il est bien certain que si le recours pour excès de pouvoir n'était qu'un contrôle juridictionnel il ne devrait sanctionner que les règles de droit imposées à l'administration comme des limites extérieures, car la violation d'une prescription interne et hiérarchique n'a aucune importance au point de vue de la légalité de l'acte.

1. Thèses Grelat (Nancy, 1908) ; Hugot-Derville (Paris, 1913) ; Mandrette (Paris, 1908) ; Chevallier (Nancy, 1924) ; Debelmas (Toulouse, 1932) ; Rivero (Paris, 1934).

Les chefs de l'administration active, remarquons-le, ont parfois le pouvoir de créer des règles de droit qui viennent limiter extérieurement et juridiquement les activités administratives. Le président de la République, les préfets, les maires, dans quelques cas exceptionnels les ministres, ont ce pouvoir qu'on appelle, dans le sens technique du mot, réglementaire. Un acte administratif viole le droit en violant un de ces règlements exactement comme fait une illégalité. Les lois joignent souvent et mettent sur le même plan la violation de la loi et la violation d'un règlement.

Lorsque, au contraire, un administrateur n'édicte une règle pour ses subordonnés qu'en vertu de son pouvoir hiérarchique, qui lui permet d'aménager le pouvoir discrétionnaire de ceux-ci, une telle instruction hiérarchique, mesure d'ordre intérieur, ne crée pas une obligation juridique à la charge de ceux qui ont reçu l'ordre. La décision prise par l'agent subordonné en violation de la règle hiérarchique n'en est pas moins valable qu'une autre aux yeux du juge, bien qu'elle puisse entraîner des sanctions disciplinaires pour son auteur. Il en va, semble-t-il, de même lorsqu'une autorité aménage d'elle-même son propre pouvoir discrétionnaire en en réglant par avance l'emploi.

Il faudrait donc, si le Conseil d'Etat se limitait à un contrôle juridictionnel, que la formule de sa jurisprudence fût celle-ci : la violation de la loi ou d'un règlement doit entraîner l'annulation de l'acte, mais la violation des prescriptions d'une autorité ne possédant pas le pouvoir réglementaire n'affecte en rien au contraire la validité juridique d'une décision administrative.

II

Telle est bien la conception de Laferrière : « Les formalités obligatoires sont celles qui résultent des lois et règlements. Que décider pour celles qui ne seraient prescrites que par des circulaires et instructions ministérielles ? Les ministres

ne possèdent point, en général, le pouvoir réglementaire ; les instructions qu'ils donnent, en dehors des cas où ils exercent exceptionnellement ce pouvoir, ne peuvent pas imposer d'obligations aux tiers ; elles ne peuvent pas non plus conférer de droits à des tiers à l'encontre de l'administration ; ce sont de simples prescriptions hiérarchiques destinées à guider les subordonnés en leur faisant connaître les vues de l'administration supérieure. L'omission des formalités qu'elles prescrivent ne constitue donc pas un vice de forme pouvant entraîner l'annulation de l'acte »¹. Et plus loin : « La violation de la loi doit s'entendre de la violation de toute prescription légalement obligatoire pour l'administration, qu'elle résulte d'une loi proprement dite ou d'un autre acte ayant force de loi ... » mais non d'un acte émanant d'une autorité qui ne possède pas le pouvoir réglementaire, et en particulier les simples instructions ministérielles « ne peuvent, ainsi que nous l'avons vu, créer des droits ou des obligations aux tiers, même en ce qui touche la forme des actes ; elles ne le peuvent pas, à plus forte raison, en ce qui touche le fond du droit »².

La jurisprudence fut longtemps fidèle à cette conception. Si dans quelques cas le Conseil d'Etat sanctionnait de l'annulation la violation d'une instruction ministérielle, c'est que le ministre lui paraissait exceptionnellement posséder le pouvoir réglementaire en vertu de quelque texte particulier.

Si par exemple l'arrêt *Merle*, du 22 janvier 1857³, annule un arrêté du préfet de la Nièvre qui autorisait la commission administrative des hospices de Nevers à accepter un legs sans que les héritiers eussent reçu la mise en demeure prévue par une circulaire prise pour l'application du décret du 22 mars 1852, c'est que la nécessité de cette mise en demeure est logiquement impliquée dans le décret, et que c'est le

1. *Jur., adm.* t. II, p. 526.

2. p. 536-537.

3. *Rec.*, p. 70.

décret lui-même qu'on viole dans son esprit en se dispensant de cette formalité¹.

Dans l'affaire *Alem*, du 19 décembre 1848², c'est parce qu'elle est le résumé de toutes les dispositions de lois et règlements en la matière que l'instruction générale du 17 juin 1840 est prise en considération par le Conseil d'Etat pour régler la situation d'un comptable³.

Si encore l'arrêt *Gaunard*, du 15 juin 1864⁴, annule la décision préfectorale qui avait refusé au requérant l'autorisation d'établir un barrage sur le domaine public fluvial, sans qu'il eût été procédé à l'enquête préalable prévue par l'instruction ministérielle du 19 thermidor an VI, c'est que cette instruction, étant donnée sa date et la confusion des pouvoirs à cette époque, pouvait être considérée comme ayant le même caractère qu'un acte réglementaire émané du chef de l'Etat⁵.

Ainsi que le dit M. Chevallier en sa conclusion d'un examen approfondi de cette jurisprudence, « de l'analyse des principales exceptions rencontrées ne ressort, somme toute, qu'une confirmation de la règle. Et ce que nous avons appelé la jurisprudence ancienne forme, à vrai dire, un bloc solidement établi. Partant de ce double postulat, que seule la violation de la loi ou celle du règlement proprement dit, extérieur, territorial, est susceptible d'ouvrir le recours — que, d'autre part, les ministres n'ont pas en principe le pouvoir de prendre des règlements proprement dits — le Conseil d'Etat n'a pas admis que la violation d'une instruction ministérielle pût constituer une ouverture ni du point de vue du fond, ni du point de vue des formes édictées »⁶.

1. Chevallier, *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, Thèse précitée, p. 232.

2. *Rec.*, p. 692.

3. Chevallier, p. 238.

4. *Rec.*, p. 57.

5. Chevallier, p. 220.

6. Chevallier, *op. cit.*, p. 224.

III

Cette jurisprudence devait pourtant se modifier avec l'arrêt *Morand-Monteil*, du 2 août 1907¹. Le requérant était un lieutenant d'infanterie qui avait été mis en non-activité pour infirmité temporaire. Il soutenait qu'on avait méconnu à son égard les prescriptions de l'instruction du 15 septembre 1901 concernant les visites médicales. Le ministre de la Guerre concluait au rejet de la requête pour ce motif que les prescriptions prétendûment méconnues étaient formulées par un texte sans valeur réglementaire. Au surplus, l'administration niait que les irrégularités invoquées par le requérant eussent été commises. Le Conseil d'Etat constate que « les formalités substantielles, dont l'accomplissement devait nécessairement précéder la décision attaquée, et qui sont au nombre de celles que prévoit l'instruction ministérielle du 15 septembre 1901 sur le service courant, ont été remplies » et il en tire la conclusion que « dès lors, le requérant n'est pas fondé à demander l'annulation de la décision attaquée... ».

Dans le même sens que l'arrêt *Morand-Monteil*, c'est-à-dire concluant au maintien de l'acte après avoir observé que les circulaires n'ont pas été violées, on peut citer l'arrêt *Goyot* du 12 février 1909²; les arrêts *Tisseire* du 18 mai 1917 et *Bastien* du 23 novembre de la même année³ qui reconnaissent la valeur obligatoire à l'instruction ministérielle du 21 janvier 1910 relative au fonctionnement des commissions de réforme. Dans l'arrêt *Yvert*, du 16 février 1912⁴, le Conseil d'Etat semble confronter une décision d'exclusion prise par le proviseur du lycée Buffon à l'égard d'un de ses élèves, aux « règles en vigueur dans l'établissement ».

L'arrêt *Rageot*, du 6 août 1909⁵, sanctionne effective-

1. S., 1910.III.4.

2. *Rec.*, p. 151. V. aussi *Boitel*, 30 juillet 1915, *Rec.*, p. 255.

3. *Rec.*, p. 396 et 746.

4. *Rec.*, p. 237.

5. S., 1912.III.47.

ment de l'annulation l'omission d'une formalité prévue par une circulaire. Le directeur de l'Intendance au ministère de la Guerre avait préparé les propositions d'avancement sans, pour ce faire, avoir réuni en conférence les sous-directeurs et chefs de bureau, comme l'y obligeait l'instruction ministérielle du 19 octobre 1906.

Le ministre de la Guerre, dans ses observations, ne niait pas la violation des dispositions contenues dans l'instruction, mais il soutenait que la violation d'une simple instruction sans valeur réglementaire ne pouvait servir de base à un recours pour excès de pouvoir. L'arrêt n'adopte pas ce point de vue : « Considérant que le ministre de la Guerre reconnaît, dans les observations qu'il a présentées sur le pourvoi, qu'à la direction de l'intendance, le directeur nommé en 1907 a fait seul, et sans observer les règles ci-dessus rappelées, des modifications à la liste des propositions arrêtées par son prédécesseur ; mais qu'il soutient que l'inobservation des prescriptions de l'instruction ministérielle, à la différence d'un texte législatif ou réglementaire, ne peut servir de base à un recours pour excès de pouvoir. — Considérant que l'instruction ministérielle ci-dessus a pour but d'assurer l'exécution du décret du 29 juillet 1899, et de donner des garanties au personnel de l'administration centrale du ministère ; qu'ainsi le requérant est fondé à prétendre, contrairement à l'opinion du ministre, que la méconnaissance de prescriptions qu'elle a édictées n'engage pas seulement la responsabilité du directeur vis-à-vis du ministre, mais constitue, en outre, une atteinte aux droits du personnel ».

En sens contraire, d'ailleurs, il y a un grand nombre d'arrêts qui continuent à refuser l'annulation d'actes pris en violation d'instructions ministérielles.

L'arrêt *Fabre*, du 4 août 1913¹, indique que si les pres-

1. *Rec.*, p. 979. — L'arrêt *Blot*, du 26 janvier 1912 (S., 1913.III.17) contient une décision assez semblable à l'arrêt *Fabre*, mais dont les motifs sont moins clairs.

criptions des circulaires ministérielles peuvent être invoquées à l'appui d'un recours administratif, « de semblables griefs ne portent pas sur des illégalités de nature à entâcher d'excès de pouvoir l'arrêté attaqué ».

Dans l'affaire *Cochet d'Hattecourt*¹ le requérant, propriétaire voisin d'un champ de tir, se plaignait que l'autorité militaire n'eût pas aménagé celui-ci conformément aux règles fixées par une instruction du ministre de la Guerre. L'arrêt répond que « ces instructions ministérielles n'ont que le caractère d'actes d'administration intérieure, et que leur inobservation ne saurait donner lieu à un recours contentieux ».

On pourrait de même citer un nombre très élevé d'arrêts rendus à la requête de fonctionnaires victimes de décisions prises en violation de circulaires, et dans lesquelles les recours sont rejetés pour ce motif que la règle violée n'a que la valeur d'une instruction d'ordre intérieur. Il semble même que le Conseil d'Etat soit moins libéral aujourd'hui qu'il ne l'était au moment de l'arrêt *Rageot*. On lit dans l'arrêt *Jérémie*² : « ... si l'article 265 de l'instruction du 10 février 1908 mentionne les cas dans lesquels il convient de proposer les officiers pour la non-activité à titre d'infirmité temporaire, cette disposition n'a que le caractère d'une simple indication d'ordre intérieur qui ne crée par elle-même aucun droit aux intéressés ... ». La même solution est donnée par l'arrêt *Grall*³. L'arrêt *Follet*, du 17 décembre 1924⁴, s'exprime avec plus de sécheresse : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que le requérant a été licencié à la suite de la suppression de son emploi ; qu'il n'est pas fondé à soutenir que la décision prise à son égard serait

1. Conseil d'Etat, 22 février 1918, S., 1921.III.9, note Hauriou, — V. égal. *Rollot*, 28 novembre 1923, *Rec.*, p. 769 ; *Lezin-Giraud*, 6 février 1920, *Rec.*, p. 129.

2. 21 janvier 1921, *Rec.*, p. 66.

3. 8 février 1924, *Rec.*, p. 155.

4. *Rec.*, p. 1022.

illégal comme contraire aux prescriptions d'une circulaire du ministre des régions libérées... ».

Les arrêts *Arnould*, du 2 mars 1927¹, *Sallebert* du 29 janvier 1930², *Abbé Lefebvre*, du 24 mars 1934³, qualifient d'indications, de recommandations, ou d'instructions d'ordre intérieur diverses circulaires auxquelles ils refusent la sanction de l'annulation.

Alors que dans les arrêts *Bastien* et *Tisseire* précités le Conseil d'Etat avait considéré comme une règle obligatoire l'instruction ministérielle relative au fonctionnement des commissions de réforme, dans l'arrêt *Chaumartin* du 11 mars 1925⁴, il adopte une attitude opposée à l'égard de l'instruction du 20 décembre 1916 sur l'aptitude physique au service militaire. L'arrêt prononce que l'instruction ministérielle dont il s'agit « n'a eu ni pour but ni pour effet de créer des droits au profit des intéressés ; que, *d'ailleurs*, il résulte des termes mêmes de son article 1^{er} que les dispositions de cette instruction n'ont pour les membres du conseil de révision qu'une valeur indicative et non impérative ». On remarquera que le Conseil d'Etat invoque deux arguments qu'il distingue nettement : d'une part l'instruction n'a pas pu créer de droit ; d'autre part ses termes ne sont pas impératifs.

Donc la violation des instructions et circulaires, qui entraîne parfois la nullité de l'acte, ne l'entraîne pas toujours. L'attitude du Conseil d'Etat n'est pas très différente à l'égard d'une question voisine : celle de la valeur juridique d'une disposition édictée *spontanément*⁵ par une autorité administrative pour régler sa propre activité.

1. *Rec.*, p. 269.

2. *Rec.*, p. 117.

3. *Rec.*, p. 381.

4. *Rec.*, p. 250.

5. Nous croyons devoir souligner l'adverbe *spontanément*, car si une autorité administrative tenait d'une loi ou d'un décret l'obligation de réglementer son activité avant de l'exercer, il va de soi que la loi ou le décret lui imposerait du même coup le respect de la réglementation ainsi faite.

IV

Très souvent le Conseil d'Etat impose à l'autorité publique le respect de la règle qu'elle s'est tracée, sous la sanction de l'excès de pouvoir. Une Faculté de Médecine ne peut pas décerner un prix en violation du règlement qu'elle a édicté à cet effet : arrêts *Lesage*, du 22 janvier 1909¹ et *Gaehlinger*, du 22 mars 1912². Le préfet de la Seine, le préfet des Bouches-du-Rhône, ont vu annuler certaines nominations auxquelles ils avaient procédé en violation de leurs propres arrêtés réglementaires³.

Mais par contre les assemblées délibérantes peuvent méconnaître impunément leur règlement intérieur : arrêt *Le Moign*, du 22 mars 1912⁴; *Milsom*, du 13 février 1914⁵; *Turmel*, du 27 février 1914⁶; *Boulonnois*, du 26 mars 1926⁷. Ni sur le recours d'un contribuable ni sur celui d'un membre de l'assemblée le Conseil d'Etat n'en impose le respect.

Et ce n'est pas seulement en matière de règlements d'assemblée que le Conseil d'Etat adopte cette attitude puisqu'il a refusé, dans l'arrêt *Beauchamp et Guy*, du 9 mai 1913⁸, d'annuler un acte contraire à un programme de travaux arrêté à l'avance : « ... en admettant que le conseil général n'ait pas exactement suivi, dans son vote du 25 août 1911, le programme général des travaux qu'il aurait arrêté en 1878, ce fait, à le supposer établi, ne serait pas susceptible de motiver l'annulation pour excès de pouvoir de la délibération attaquée ».

1. *Rec.*, p. 78.

2. *Rec.*, p. 466.

3. *Assoc. profess. des chefs et rédacteurs de la préfecture de la Seine*, 10 janvier 1913, *Rec.*, p. 26; *Albertini*, 31 mars 1922, *Rec.*, p. 316. — Voir Alibert, *Le contrôle juridictionnel*, p. 266-267.

4. *Rec.*, p. 412.

5. *Rec.*, p. 190.

Rec., p. 271.

7. *Rec.*, p. 341; D., 1926.III.73, note Chevallier.

8. *Rec.*, p. 549.

V

Comment expliquer cette jurisprudence et résoudre ses contradictions apparentes ?

M. Alibert évite la difficulté en disant, à propos des circulaires et instructions ministérielles, que le ministre, bien que n'ayant pas en principe le pouvoir réglementaire, en est investi cependant quelquefois, et que c'est une simple question de fait de savoir dans chaque cas concret si l'on est dans le domaine de la règle ou dans celui de l'exception.

« La violation des circulaires et instructions ministérielles, écrit le savant auteur, n'est pas, en général, un excès de pouvoir. Les ministres, en effet, n'ayant pas, en principe, le pouvoir réglementaire, leurs circulaires et instructions ne valent, sauf exception, que comme recommandations ou prescriptions d'ordre administratif intérieur. Elles ne sont pas obligatoires pour les administrés. Elles ne sauraient, en thèse générale, ni créer des droits, ni édicter une règle de droit.

Il en est autrement lorsque l'instruction concerne une matière où le ministre peut être regardé comme investi d'un pouvoir réglementaire ; elle équivaut alors à un règlement ; elle impose une règle obligatoire, et sa violation est un excès de pouvoir. Mais ceci est une exception.

*Il n'existe malheureusement aucun critérium qui permette de distinguer l'exception de la règle. C'est une pure question de fait qu'il appartient au Conseil d'Etat de résoudre dans chaque cas particulier »*¹.

Dès lors, il paraît aisé de justifier les errements de la jurisprudence. Accorde-t-elle la valeur obligatoire à une instruction ministérielle ? C'est que le ministre avait dans le cas concret le pouvoir réglementaire. Refuse-t-elle d'annuler la décision qui contrevient à une circulaire ? C'est que cette circulaire ne contenait que des prescriptions d'ordre administratif intérieur.

1. *Op. cit.*, p. 263. — C'est nous qui mettons en italique.

Et en ce qui concerne les règles préalables édictées par l'auteur de l'acte, M. Alibert se borne à dire : « Chaque autorité administrative est liée par ses propres règlements. C'est l'application de la maxime : *patere legem quam fecisti* »¹.

Ces explications sont insuffisantes. Tout d'abord, est-il vrai qu'il n'y a pas de critérium qui permette de dire dans quels cas le ministre possède le pouvoir réglementaire de distinguer l'exception de la règle ? C'est M. Alibert lui-même qui l'indique : « Les ministres n'ont le pouvoir réglementaire que dans les matières peu nombreuses où les lois et décrets le leur ont conféré ». Voilà donc trouvé le critérium. Il n'y a pas de pouvoir réglementaire sans texte. Et ce n'est pas une question de fait, mais une question de droit, que devra résoudre dans chaque cas d'espèce le Conseil d'Etat. A défaut de pouvoir invoquer un texte particulier qui établisse l'exception, on restera sous l'empire de la règle générale.

Quant à la maxime *patere legem quam fecisti*, il faudrait apporter la preuve qu'elle est consacrée par le droit positif.

Que l'on accepte même les raisons de M. Alibert, on ne pourra pas présenter la jurisprudence en un système cohérent. Pour quelles raisons « de fait » la circulaire du ministre de la Guerre concernant les nominations à effectuer par le directeur de l'Intendance a-t-elle une valeur réglementaire (arrêt *Rageot*), alors que les prescriptions d'une circulaire du ministre des Régions libérées concernant les licenciements n'ont pas cette valeur (arrêt *Follet*) ? Pourquoi les instructions ministérielles relatives au fonctionnement des commissions de réforme ont-elles une portée juridique différente de l'instruction sur l'aptitude physique au service militaire (arrêts *Bastien* et *Tisseire* d'une part, *Chaumartin* d'autre part) ?

Si c'est une règle de droit que l'on doit suivre la règle que l'on s'est tracée, à quel titre les assemblées locales en

1. *Op. cit.*, p. 266.

sont-elles dispensées (arrêts *Le Moign*, *Milsom*, *Turmel*, *Boulonnois*, *Beauchamp et Guy*) ?

VI

Hauriou avait tenté de rendre compte de la jurisprudence sur une autre base. Les circulaires auraient la valeur juridique à l'intérieur de l'administration, mais elles n'auraient cette valeur qu'à l'intérieur de l'administration. Elles pourraient créer des droits et des devoirs aux membres de l'institution administrative mais non aux étrangers¹. Il en serait de même en ce qui concerne les règles posées par l'auteur de l'acte lui-même : c'est ainsi qu'on devrait admettre un membre d'une assemblée à invoquer la violation du règlement, mais non un étranger tel qu'un contribuable.

Cette conception, combinée avec la distinction des instructions impératives et des instructions indicatives², suffirait à peu près à justifier la jurisprudence concernant les fonctionnaires. Certains arrêts semblent même la confirmer. Ainsi l'arrêt *Sallebert* précité³ : « ... si l'instruction générale sur le service des postes engage l'administration à étudier les réclamations dont elle est saisie, les dispositions qu'elle contient à ce sujet ne peuvent être comprises que comme des *recommandations* d'ordre intérieur ne comportant, *en l'absence de toute disposition formelle*, aucun droit susceptible d'être invoqué par les agents intéressés ». — D'autres arrêts par contre semblent refuser à des fonctionnaires le droit d'invoquer devant le Conseil d'Etat les prescriptions d'une circulaire, bien qu'il ne soit pas constaté que les termes de cette circulaire n'ont qu'une valeur indicative. C'est le cas par exemple de l'arrêt *Follet*, dont on a plus

1. Note au S., 1921.III.9.

2. Note au S., 1913.III.105. M. Chevallier a insisté sur cette distinction.

3. Conseil d'Etat, 29 janvier 1930, *Rec.*, p. 117.

haut cité la formule, et de l'arrêt *Abbé Lefebvre*¹ dont le principal motif est ainsi rédigé : « Considérant que le requérant n'est pas fondé à soutenir que la décision prise à son égard serait illégale comme contraire aux prescriptions de la circulaire interministérielle du 30 mai 1922 et de l'instruction du ministre de la Guerre du même jour, lesquelles n'ont que la valeur d'instructions d'ordre intérieur... ».

En tous cas le système proposé par Hauriou n'est certainement pas celui que le Conseil d'Etat applique en matière de violation de règlements intérieurs d'assemblées. La solution est la même que le recours soit intenté par un membre de l'assemblée (*Turmel*) ou par un contribuable (*Boulonnois*) : dans les deux cas la délibération irrégulière échappe à l'annulation.

VII

Il faut sans doute renoncer à trouver la formule juridique dont toutes les décisions de la jurisprudence seraient l'application systématique. Il semble plutôt qu'on doive reconnaître deux sources différentes à la jurisprudence en cette matière. Une première catégorie d'arrêts constatent que, dans l'état présent du droit, une circulaire ministérielle, ou la règle que s'est imposée à elle-même une autorité qui ne possède pas le pouvoir réglementaire, n'a pas de valeur juridiquement obligatoire, et décident que l'acte qui y contrevient doit être maintenu. Mais un certain nombre d'autres arrêts sanctionnent cet aménagement du pouvoir discrétionnaire que les autorités administratives ont fait pour leurs subordonnés ou pour leurs propres activités. Sans doute, en tant qu'aménagement du pouvoir discrétionnaire, cette réglementation spontanée est essentiellement interne et provisoire et se donne pour objet d'orienter

1. 21 mars 1934, *Rec.*, p. 381. L'abbé Lefebvre était aumônier militaire à l'armée du Rhin.

l'activité administrative plus que de la lier. Cependant parfois la réglementation interne se présente comme si catégorique qu'elle prend l'aspect d'un engagement de faire ou de ne pas faire. L'administration crée parfois, chez certaines catégories de citoyens, une *confiance légitime* qu'elle ne peut décevoir sans abus. C'est une question de moralité, non de légalité.

Voilà pourquoi il n'est pas indifférent que le requérant soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'institution administrative. Les garanties qu'une circulaire édicte à l'égard des fonctionnaires sont portées à leur connaissance, ont parfois même été réclamées par leurs associations ou leurs porte-paroles au parlement : elles auront tendance, dans l'esprit des intéressés, à se confondre avec leurs garanties légales. Les agents prendront l'habitude de se reposer sur elles et s'estimeront lésés si l'autorité hiérarchique n'en tient pas compte. Au contraire, le citoyen étranger à l'administration se trouve dans une toute autre situation. Les circulaires ne se présentent jamais comme des engagements que l'administration prend à son égard. Leurs textes ne lui seront pas toujours connus.

Il ne faut pas, d'ailleurs, exagérer cette idée. Lorsqu'un établissement public institue un concours dont il indique le règlement, alors même qu'ils sont étrangers à l'administration, les concurrents en y prenant part font confiance aux organisateurs de l'épreuve pour appliquer le règlement. Il est de bonne administration et d'une élémentaire moralité que ce règlement soit observé. Il est donc naturel que le Conseil d'Etat en impose le respect.

Deuxième Partie

Le Conseil d'Etat en dehors du Droit

Le Conseil d'Etat en dehors du Droit

Nous rappelons que cette deuxième partie de l'ouvrage a pour objet l'étude des cas où le Conseil d'Etat valide des illégalités que quelque péril national avait rendues indispensables. Nous estimons que c'est là le fait d'un administrateur et non d'un juge.

C'est à une revue de cas particuliers et d'arrêts rendus sur des matières diverses qu'il faudra se livrer. On peut toutefois utiliser une classification très générale fondée sur la nature des considérations qui provoquent l'illégalité excusable. Ce seront tantôt des soucis de sécurité intérieure, tantôt des motifs tirés du péril extérieur de l'Etat. Cette classification sera acceptable à condition qu'on n'en exagère pas la portée. Il serait trop facile de montrer que la sûreté intérieure et la sûreté extérieure de l'Etat sont deux notions qu'il est artificiel d'opposer. Aussi n'est-ce pas pour sa valeur scientifique mais pour la clarté de la présentation que nous faisons cette distinction.

CHAPITRE PREMIER

ILLÉGALITÉS ADMINISTRATIVES EXCUSÉES A RAISON DU PÉRIL INTÉRIEUR DE L'ÉTAT

(Menace de désorganisation ou d'interruption des services publics, dangers de troubles ou d'émeutes etc...)

SECTION I

LES ARRÊTS WINKELL ET ROSIER, TICHIT, MINAIRE

- I. La grève des postes de 1909 : exposé des faits. La répression gouvernementale ; les révocations effectuées sans communication préalable de leurs dossiers aux agents frappés. Arrêt du Conseil d'Etat validant ces révocations. — II. L'argumentation proposée par M. Tardieu : l'idée de rupture du contrat de fonction publique du fait de la grève. Critique. — III. La théorie d'Hauriou du contrôle de la constitutionnalité des lois. Critique. — IV. Conclusion que l'illégalité était indiscutable, mais justifiée par le danger que faisait courir la grève. Rôle du Conseil d'Etat.

I

Dans le courant de l'année 1909 une vive agitation s'était manifestée au sous-secrétariat des postes¹. Les agents de cette administration reprochaient à M. Simyan, le sous-secrétaire d'Etat, quelques circulaires peu favorables à leur avancement, des abus de pouvoir, une autorité un peu brutale. Le gouvernement, présidé par M. Barthou,

1. Sur l'historique de la grève, consulter Rolland, *Les deux grèves des postes et le droit public* dans la *Revue du droit public*, 1909, p. 287 et suiv. ; on pourra se reporter également aux débats parlementaires (*J. off.*, du 20, 23 et 27 mars ; du 12 et du 14 mai 1909).

n'entendait pas céder et il proclama immédiatement sa volonté de ne pas tolérer la grève à laquelle les agents avaient eu recours. Mais il ne brusqua pas les choses, négocia au contraire, tout en s'armant d'un décret qui facilitait les sanctions disciplinaires¹, et mit en demeure les grévistes de reprendre le travail.

Le travail reprit mais l'agitation ne cessa pas. A nouveau, le gouvernement se montra libéral à l'occasion d'une affiche très peu aimable pour M. Simyan². Lorsque cependant il constata que le trouble persistait, que se multipliaient les réunions publiques et les discours révolutionnaires, il crut alors qu'il avait assez patienté. Quelques agents, parmi les plus compromis, furent frappés de sanctions disciplinaires. Ce fut le signal d'une seconde grève, qui éclata le 13 mai.

L'opinion publique n'était pas favorable au mouvement. Avec la confiance de la Chambre, le gouvernement se montra ferme. Un demi millier de grévistes furent révoqués. En moins de trois jours la grève était brisée.

Les mesures de rigueur, qui s'étaient montrées efficaces, étaient-elles légales ?

Les sieurs Winkell et Rosier, respectivement ouvrier et commis, avaient été révoqués directement par le sous-secrétaire d'Etat en application du décret du 18 mars 1909. Ils déférèrent ces décisions au Conseil d'Etat, arguant de la violation de l'article 6 de la loi du 22 avril 1905, aux termes de laquelle, comme on sait, « tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques, ont droit à la communication

1. Décret du 18 mars 1909 qui vient décider qu'en cas de refus collectif ou concerté de service de la part des agents des postes, des peines allant jusqu'à la révocation peuvent être prononcées directement par le ministre ou le sous-secrétaire d'Etat.

2. C'était une affiche destinée à remercier la population parisienne de sa sympathie, apposée sur les murs de Paris le jour de la reprise du travail. On y parlait de « la malveillance, la grossièreté et l'autoritarisme outrancier de M. Simyan » ; on affirmait ne plus le reconnaître désormais comme chef. Le gouvernement songea quelque temps à sévir à ce sujet et fit même annoncer des poursuites contre les signataires, mais il se décida à la tolérance.

personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques, et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés dans leur avancement à l'ancienneté ». En fait, les requérants n'avaient reçu aucune communication de leurs dossiers ni aucune notification individuelle les avertissant de la mesure qui les menaçait et leur permettant de fournir leurs explications et justifications.

Le Conseil d'Etat rejeta les requêtes en ces termes : « Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale ; que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale ; qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et des règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ; que dans le cas d'abandon collectif ou concerté du service public, l'administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats. — Considérant que le sieur Winkell ne conteste pas qu'il était au nombre des ouvriers du service des postes qui étaient en grève au mois de mai 1909, et que, pour demander l'annulation de l'arrêté par lequel le sous-secrétaire d'Etat a prononcé sa révocation, il se borne à alléguer que cette mesure a été prise sans qu'il ait reçu préa-

lablement la communication de son dossier, en conformité de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905. — Mais considérant qu'il résulte de ce qui précède que, quelle que soit la généralité des termes de cet article, le législateur n'a pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé cette prescription. — Art. 1^{er}. La requête est rejetée, etc... »¹.

La même solution devait être adoptée dans l'arrêt *Tichit*² et, tout récemment, dans l'arrêt *Demoiselle Minaire*³.

II

S'il était nécessaire en fait que le Conseil d'Etat validât ces révocations, exigées par la gravité des circonstances, l'argumentation juridique proposée par le commissaire du gouvernement, M. Tardieu, et consacrée par l'arrêt, est loin d'être indiscutable.

Les conclusions de M. Tardieu commencent par écarter un argument, présenté par le ministre dans ses observations en réponse, qui consistait à dire que la loi de 1905 avait été exactement observée en l'espèce.

Tel que l'interprète la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'article 65 de la loi de 1905 n'oblige pas l'autorité administrative à prendre l'initiative, avant toute mesure disciplinaire, d'aviser l'intéressé des sanctions dont il va être l'objet, et à l'informer en même temps qu'il peut venir prendre connaissance de son dossier. Il suffit que l'intéressé soit prévenu des sanctions qui le menacent et qu'il soit ainsi mis à même de réclamer la communication des notes qui le concernent afin de pouvoir présenter ses moyens de défense. Or, d'après le ministre, cet avertissement nécessaire et suffisant résultait dans l'espèce tant du décret du 18 mars

1. 7 août 1907, S., 1909.III.145, conclusions Tardieu, note Hauriou.

2. 1 mars 1912, S. 1913.III.127.

3. 23 octobre 1937, *Gazette du Palais*, 9 novembre 1937.

1909 que des déclarations comminatoires de M. Barthou à la Chambre des députés¹.

En vérité, si largement que le Conseil d'Etat ait toujours interprété la loi de 1905, on ne pouvait considérer qu'un décret supprimant l'intervention du conseil de discipline pour la sanction de certains faits constituât la garantie prévue par la loi. Et pas plus quelques déclarations assez vagues de M. Barthou à la Chambre des députés ne pouvaient avoir ce caractère. On ne peut méconnaître le sens de la loi au point de nier qu'elle exige tout au moins un avertissement précis et direct.

M. Tardieu est plus sensible à un autre argument formulé dans les observations ministérielles : la grève serait, de la part d'un agent public, une faute si lourde et si grave que la loi de 1905 ne la prévoyait certainement pas et n'entendait pas protéger les agents coupables d'une telle conduite. L'interruption concertée du service public est un fait tellement anormal que le statut des fonctionnaires ne le concerne pas et ne peut le concerner.

Mais, étant donnée la généralité des termes de la loi de 1905, il est bien difficile d'introduire aucune distinction, quelle qu'elle soit. Il est surtout singulièrement hardi de fonder cette distinction sur la plus ou moins grande gravité des faits servant de motif aux mesures disciplinaires. Ce ne sont pas les agents auxquels on reproche les fautes les plus lourdes qui doivent bénéficier des moindres garanties de procédure. Au contraire, les facilités de se disculper et de présenter des explications doivent être d'autant mieux assurées que l'accusation est plus sérieuse. C'est en vertu de cette idée que l'accusé a plus de garanties en matière criminelle que devant le juge de simple police.

Reste alors l'argument essentiel qui semble inspirer l'arrêt. Il s'appuie sur la conception juridique de la grève qui avait été consacrée par la Cour de Cassation. Malgré l'opi-

1. Séance du 11 mai 1909, *J. off.*, du 12, *Déb. parl.*, p. 1015.

nion contraire d'une grande partie de la doctrine¹, la jurisprudence civile avait adopté cette idée que la grève rompt le contrat de travail². Et si la grève de l'ouvrier met fin à son contrat de travail, comment la grève du fonctionnaire, fait éminemment répréhensible et illicite, n'entraînerait-elle pas la rupture du contrat de droit public qui unit ce fonctionnaire à l'Etat ? En se soustrayant à l'obligation essentielle de leur fonction, les agents publics abandonnent leurs droits du même coup que leurs devoirs. « Ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et des règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration ».

Rien n'est moins convaincant que cet appel à l'idée de rupture du contrat et à la jurisprudence concernant les grèves dans l'industrie privée. S'il est un point de doctrine aujourd'hui bien établi, en dépit des anciennes controverses, c'est que la situation du fonctionnaire n'est pas contractuelle mais légale et réglementaire. Ainsi que le dit M. Jèze, « ce n'est pas un contrat qui fait entrer les agents au service public. Ce n'est pas un contrat qui règle les droits et obligations des individus au service public. Ce n'est pas un contrat qui fixe la durée des fonctions et les conditions de la sortie du service public. La sanction des droits et obligations des agents au service public n'est pas celle des droits et obligations résultant d'un contrat. — Tout ceci est réglé par les lois et règlements »³.

Que le Conseil d'Etat continue à parler de contrat de

1. Notamment Pic, *Traité de législation industrielle*, 5^e édit., n° 311 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 3^e édit., t. III, n° 2963 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit., par Ripert, t. II, p. 631.

2. Req., 18 mars 1902, S., 1903.I.465 ; Civ., 4 mai 1904, S., 1904.I.497, D., 1904.I.289 note Planiol ; Civ., 13 novembre 1906, S., 1906.I.500 ; Civ., 15 mai 1907, S., 1908.I.417, D., 1907.I.369 note Ambroise Colin. — Cette jurisprudence s'est maintenue et, dans l'ensemble, la doctrine paraît s'y être ralliée.

3. *Les principes généraux*, 3^e édit., t. II, p. 245. V. aussi Rolland, *Précis*, p. 65 et suiv.

fonction publique, cela n'a pas grand inconvénient puisqu'il est bien entendu que ce contrat de fonction publique ne répond pas du tout au concept ordinairement désigné par le mot de contrat. Mais le terme ne doit entraîner aucune confusion dans les idées. Or, dans les conclusions de M. Tardieu comme dans les considérants des arrêts *Winkell* et *Rosier*, c'est bien la notion même de contrat qui est utilisée pour justifier la solution. Et cette solution ne se justifierait pas sur une autre base.

Sans faire appel à la notion de contrat, on ne peut dire que la grève, à raison de son caractère illicite, enlève au fonctionnaire la protection de son statut légal et réglementaire. Car lorsqu'on tient quelque'avantage des dispositions d'une loi ou d'un règlement, on ne peut en être privé en dehors des cas prévus par une disposition formelle. « Le fait qu'un individu a commis une faute, un délit, un crime même « ne le met pas en dehors de l'application des lois et règlements » ; dans un Etat civilisé, en tous cas dans la France actuelle, il n'y a, pour personne, de mise hors da loi, sauf un texte formel ... »¹.

En vérité les longs considérants des arrêts *Winkell* et *Rosier* n'apportent aucune justification juridique sérieuse des décisions qu'ils préparent : les arguments en sont ou erronés ou insuffisants à eux seuls. Le Conseil d'Etat paraissait avoir lui-même reconnu la faiblesse de cette argumentation en s'abstenant de la reproduire dans la suite².

Il l'a cependant reprise dans un arrêt tout récent, où d'ailleurs elle conduit à des solutions étranges, à une véritable *inelegantia juris* : l'administration, qui peut révoquer sans formalités les fonctionnaires coupables de faits de grève, ne peut pas leur infliger une peine disciplinaire plus douce sans communication préalable du dossier³.

1. Jèze, *op. cit.*, p. 248-249.

2. 1^{er} mars 1912, *Tichit*, S., 1913.III.137.

3. 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire, sieurs Bourget et autres*, *Gazette du Palais* du 9 novembre 1937.

III

Du point de vue de la légalité, on doit donc passer condamnation sur les décisions litigieuses. Pour écarter cependant le spectre de la raison d'Etat, pour ramener à la correction juridique les violations mêmes de la légalité, Maurice Hauriou crut devoir proposer une explication aussi hardie que fragile¹. Si les révocations de grévistes sont contraires aux dispositions de la loi, c'est qu'alors ces dispositions sont inconstitutionnelles et qu'elles ne doivent pas, à ce titre, être appliquées par le juge.

La constitution de la France, pense Hauriou, n'est pas toute entière contenue dans les quelques règles de procédure que formulent les lois de 1875. Il y a des règles fondamentales qui ne sont inscrites ni dans la constitution ni même dans aucun texte, et qui ont cependant une valeur hiérarchiquement supérieure à celle des lois ordinaires. Il y a comme un statut permanent de la nation française qui est au-dessus des lois, et dont celles-ci ne peuvent pas bouleverser les principes².

Aucune loi ne peut paralyser les pouvoirs du gouvernement pour maintenir sur les fonctionnaires son indispensable autorité et pour assurer le fonctionnement régulier, paisible, ininterrompu des services publics. Si le gouvernement ne tient pas ces pouvoirs de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui l'a placé à la tête de l'administration française et l'a chargé de l'exécution des lois, il les puisera du moins dans les « conditions nécessaires d'existence de l'Etat, dont on peut bien dire qu'elles sont plus fondamentales encore que les règles positives de la constitution écrite ».

C'est une question très discutée de savoir si le juge, en

1. Notes au S., 1909.III.145 ; 1913.III.137 ; 1922.III.49. V. aussi *Précis de droit constitutionnel*, 2^e édit., p. 313. — Le point de vue d'Hauriou est approuvé par Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., t. III, p. 722-723.

2. Cf. Rolland, *Revue du droit public*, 1924, p. 49.

France, peut apprécier la constitutionnalité des lois et refuser d'appliquer les lois inconstitutionnelles. Mais il est inutile de prendre ici parti sur cette question, car il est à peu près certain aujourd'hui que le Conseil d'Etat ne s'est pas fait dans l'espèce le juge de la constitutionnalité. Déjà dans l'arrêt *Delarue*, du 13 mai 1901¹, le Conseil d'Etat s'était borné à répondre au contribuable qui soutenait l'inconstitutionnalité d'une taxe établie par la loi : « Considérant que le requérant ne conteste pas que la taxe pour fonds de garantie, à laquelle il a été imposé, a été établie conformément à la loi du 9 avril 1898 ; que dès lors, il n'est pas fondé à demander décharge de ladite taxe... ; — Article 1^{er}. La requête est rejetée... ». La solution est la même, plus explicite toutefois, dans les arrêts récents *Dame Coudert* et *Arrighi*, du 6 novembre 1936² : « ... pour demander l'annulation du décret en date du 12 janvier 1935... la Dame Coudert se fonde exclusivement sur ce que l'article 36 de la loi du 28 février 1935, en vertu duquel ont été pris les décrets des 4 avril, 10 mai, 30 juin et 28 octobre 1934, serait contraire aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 — ... en l'état actuel du droit public français ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ». Dans une seule hypothèse peut-être, le Conseil d'Etat a paru écarter les dispositions d'une loi ordinaire par l'interprétation de la loi constitutionnelle : c'est dans l'arrêt *Heyriès*³ qui a semblé ainsi apporter à la théorie d'Hauriou une sérieuse confirmation. Mais nous aurons l'occasion de montrer que telle n'est sans doute pas la signification de cet arrêt.

1. S., 1904.III.37.

2. S., 1937.III.33, note Mestre V. *infra*, p. 226 et suiv.

3. S., 1922.III.49.

IV

Nous arrivons à cette conclusion qu'il n'y a pas de justification juridique possible à la décision du Conseil d'Etat. Sans doute, il plairait au juriste que cette jurisprudence s'expliquât par des motifs tirés du droit. Mais mieux vaut n'avoir aucune raison juridique qu'une mauvaise raison.

En réalité, Hauriou est fondé à dire qu'il y a des nécessités essentielles au-dessus des lois. Il y a pour les gouvernants l'obligation première d'assurer la vie de la nation. Le service des postes, qui jouit du monopole des communications, ne peut s'arrêter de fonctionner sans laisser le pays comme un grand corps énérvé où le cerveau ne dirigerait plus les membres désordonnés. A tout prix, au prix de la légalité, il faut assurer la marche du service et briser la grève. Mais il est vain de chercher dans une constitution muette ou dans ses annexes hypothétiques quelque loi pour violer la loi, quelque droit à sortir du droit.

SECTION II

L'ARRÊT SYNDICAT NATIONAL DES CHEMINS DE FER ¹

- I. Exposé des faits. — II. La législation concernant l'utilisation des chemins de fer pour la défense nationale. — III. Discussion de la valeur juridique de l'arrêté convoquant les agents du réseau à une période d'instruction. Le grief de détournement de pouvoir. La réponse tirée de l'intérêt que présente le fonctionnement des chemins de fer pour la défense nationale. — IV. Critique de l'argumentation qui nie le détournement de pouvoir. Distinction entre l'intérêt militaire et l'intérêt de la défense nationale. Conclusion.

I

Depuis assez longtemps le personnel des compagnies de chemins de fer était peu satisfait de sa situation et réclamait aux compagnies divers avantages que celles-ci ne s'empressaient pas d'accorder. L'entremise du Président du Conseil lui-même ne réussit pas à faire aboutir les négociations. D'autre part, il y avait à ce moment une certaine agitation ouvrière qui contribuait à exciter les esprits. Au mois de juin 1910, de violentes bagarres avaient opposé, Faubourg Saint-Antoine, les gardiens de la paix aux grévistes de l'ameublement. Un ouvrier ébéniste était mort de ses blessures et, à son enterrement, les dragons durent charger.

Dans la nuit du 10 au 11 octobre la grève fut décidée. Elle commença par le réseau du Nord d'où elle devait s'étendre aux autres réseaux. Le péril était grand pour l'intérêt national. S'appuyant sur les règles de l'organisation militaire des réseaux, le gouvernement convoqua les agents et employés pour une période d'instruction de 21 jours. La mesure était brutale ; l'opposition, à la Chambre, protesta violemment ; dans le bruit et les insultes, le Président du Conseil, ministre de l'Intérieur — c'était Aristide Briand

1. S., 1914.III.1, conclusions Helbronner, note Hauriou. — Sur les circonstances de la grève, consulter les comptes rendus des séances de la Chambre en date des 25, 27, 28 et 29 octobre 1910. *J. off., Déb. parl.*, Chambre, p. 2562 et suiv., 2581 et suiv., 2603 et suiv., 2627 et suiv.

— eut du mal à se faire entendre. Mais la grève était terminée, et elle ne reprit pas.

II

Au point de vue juridique, la décision gouvernementale, pour être comprise, doit se situer dans la législation concernant l'utilisation des chemins de fer pour les besoins de la défense nationale en cas de guerre. La loi du 13 mars 1875, modifiée par la loi du 28 décembre 1888 (avec les décrets d'application du 5 février 1889 et du 8 décembre 1909), n'avait organisé, dès le temps de paix, que les services de chemins de fer destinés, en cas de guerre, à être sous la direction des commandants d'armées : c'est-à-dire les corps destinés à l'utilisation des voies ferrées dans la zone des armées. Cependant, comme en cas de guerre le ministre de la Guerre dispose des chemins de fer dans toute l'étendue du territoire national non occupé par les armées d'occupation, il restait à organiser les services qui permettraient l'exploitation du réseau. Cette organisation fut l'objet du décret du 16 juillet 1910, dont l'article 34 prévoit des périodes d'instruction en temps de paix.

Lorsque la grève éclata, au début d'octobre, le décret du 16 juillet n'avait pas encore été publié, de sorte que, pour mobiliser les agents du réseau, le gouvernement dut publier en même temps dans le *Journal officiel* du 12 octobre :

1° le décret du 16 juillet 1910 (avec l'instruction ministérielle du même jour) ;

2° le décret et l'arrêté ministériel du 1^{er} septembre 1910 portant nomination des agents supérieurs et secondaires de ces formations dites subdivisions complémentaires ;

3° un arrêté ministériel du 11 octobre 1910 portant ordre général d'appel pour une période d'instruction de 21 jours. Des ordres individuels d'appel furent adressés le lendemain par les soins des agents supérieurs et secondaires.

III

La légalité de ce dernier arrêté ministériel était critiquée pour deux raisons, dont une seule importante.

Le syndicat requérant soutenait d'abord que le décret du 16 juillet 1910 n'était pas encore obligatoire le 11 octobre, puisqu'il ne devait être publié que le 12 et que les décrets sont obligatoires seulement un jour franc après leur publication au *Journal officiel*, à Paris, et, dans les autres arrondissements, un jour franc après l'arrivée du *Journal officiel* dans la sous-préfecture. Donc l'arrêté ministériel du 11 octobre ne pouvait s'appuyer sur ce décret. — Mais il est de jurisprudence constante que les actes accomplis par l'autorité administrative en exécution d'un décret ne sont pas moins valables du fait que ce décret n'a pas encore été publié¹.

La véritable objection à la légalité de l'arrêté consistait à invoquer le grief de détournement de pouvoir. Le ministre de la Guerre tenait de la loi de 1888 et du décret du 16 juillet 1910 le pouvoir de convoquer les agents du réseau à des périodes d'instruction militaire. Est-ce pour les exercer et pour l'intérêt de la défense nationale qu'il les convoqua par l'arrêté du 11 octobre ? En fait, il est bien certain que c'était pour briser la grève, c'est-à-dire pour mettre fin à un conflit d'ordre économique et social, dont sans doute les conséquences pouvaient être fâcheuses pour l'économie du pays, mais qui n'affectait pas la défense nationale et dont le règlement échappait au ministre de la Guerre.

A cette argumentation, l'arrêt répondait que « le ministre de la Guerre a entendu assurer la continuité du service des chemins de fer, dont le fonctionnement régulier et ininterrompu est, à toute époque, indispensable à la sécurité du territoire et à la défense nationale, qu'ainsi la décision attaquée a été prise pour la sauvegarde des intérêts dont le ministre a la charge ».

1. V. sur ce point les conclusions de M. Helbronner et les arrêts cités.

Cette idée était développée avec force dans les conclusions de M. Helbronner. Le service des chemins de fer, disait le commissaire du gouvernement, joue un rôle primordial pour la mobilisation et la concentration des troupes : ce n'est pas seulement un service public, c'est un « service militaire ». En laissant s'interrompre le trafic, on courait le risque que le matériel, abandonné peut-être à des entreprises criminelles, fût inutilisable au cas de mobilisation générale. C'était donc bien au ministre de la Guerre d'intervenir.

Et déjà la même thèse avait été soutenue à la Chambre par Briand. Il avait insisté sur cette idée que les actes de « sabotage » étaient à craindre, que plusieurs déjà avaient été commis ou tentés auparavant.

IV

Tout d'abord, cet argument tiré des actes de « sabotage » possibles doit être réduit à ses justes proportions et ne doit pas faire trop grande impression. Il semble bien que Briand ait un peu exagéré la menace de ces actes pour émouvoir la Chambre. Les tentatives qu'il invoque (dont les députés de l'opposition, d'ailleurs, soutenaient qu'elles étaient l'œuvre de la police !) paraissent n'avoir guère eu qu'une valeur symbolique.

Admettons même le danger d'actes de vandalisme risquant de détériorer le matériel. Ajoutons à cette considération qu'un outillage complexe et délicat ne peut être laissé à l'abandon si on veut qu'il puisse instantanément servir aux besoins de la mobilisation. On arrive à cette conclusion que le ministre de la Guerre devait prendre des mesures pour préserver l'instrument de la mobilisation. Il pouvait envoyer des troupes pour veiller à l'intégrité du réseau. Il pouvait même, si besoin en était, mobiliser les agents pour assurer l'entretien du matériel. Mais on ne voit pas très bien pourquoi il était nécessaire, à ce point de vue, que les

voyageurs fussent convoyés et que les colis arrivassent à destination. L'intérêt militaire paraît avoir été plutôt un prétexte qu'un motif.

Il est vrai que les questions d'ordre militaire ne sont pas les seules qui importent à la défense nationale. A un certain degré, les troubles économiques eux-mêmes peuvent compromettre l'existence de la nation. On peut donc soutenir qu'il y avait un intérêt de défense nationale à enrayer la grève. Mais la défense nationale, entendue comme la protection des frontières contre l'invasion étrangère, n'est intéressée ici qu'indirectement, comme elle est intéressée à tout trouble ou à toute désorganisation intérieure et, en somme, aux défauts de fonctionnement de tous les services publics. En tous cas, l'intérêt militaire de la nation est hors de cause dès lors que l'on peut faire assurer la conservation du réseau. Et ce sont les préoccupations d'ordre militaire qui doivent seules inspirer le ministre de la Guerre. Si sa compétence s'étendait à tout ce qui intéresse la défense nationale *lato sensu*, elle n'aurait pas de limites. D'ailleurs ce sont des périodes *d'instruction militaire* que prévoit le décret du 16 juillet 1910 : l'intérêt militaire seul pouvait par conséquent motiver l'arrêté de mobilisation.

Il y a donc une grande part de vérité dans ce que disait un interpellateur, à la séance du 25 octobre : « A quel moment, monsieur le ministre, avez-vous donné des ordres pour faire procéder à des manœuvres de campagne ? Qu'avez-vous donc fait des soldats que l'on a mobilisés ? Ont-ils été mobilisés pour faire des manœuvres, pour accomplir une période d'instruction militaire, ou bien ont-ils été réquisitionnés illégalement pour faire le travail des compagnies, pour transporter des voyageurs et les marchandises, pour accomplir, en un mot, une besogne qu'ils ne devaient pas faire comme militaires ? ».

Et veut-on savoir ce que répondait le Président du Conseil à ces critiques ? « Messieurs, je ne nie pas que le gouvernement ait appliqué des mesures *exceptionnelles* ». N'est-ce

pas un aveu et le mot « exceptionnelles » n'est-il pas un euphémisme ? — Et lorsque, au cours de la fameuse séance du 29, Briand s'écrit qu'il n'aurait pas craint l'illégalité pour défendre la nation, il est peu vraisemblable que, pour le simple plaisir de faire une déclaration de principe, il ameute contre lui une grande partie des députés, se fasse traiter de dictateur et menacer de la Haute Cour. Il n'aurait pas amené la discussion sur ce terrain dangereux s'il avait estimé la mesure qu'on lui reprochait sérieusement défendable du point de vue de la légalité.

Entachée de détournement de pouvoir, la mesure qui convoquait les agents du réseau à une période d'instruction n'en était pas moins la seule capable d'enrayer un mouvement qui eut eu les conséquences les plus redoutables. C'était assez pour que le Conseil d'Etat la validât.

Cependant, ici comme dans les arrêts *Winkell* et *Rosier*, l'illégalité que commet le Conseil d'Etat paraît s'abriter derrière une façade juridique, quelque fragile que soit celle-ci. Nous allons voir qu'il n'en est pas toujours ainsi.

SECTION III

LES ARRÊTS COUITÉAS¹

- I. Les circonstances de l'affaire Couitéas. Conflit de l'intérêt public avec le droit que le sieur Couitéas tenait d'un jugement. — II. Le refus du gouvernement de prêter main-forte à l'exécution du jugement, décision illégale et cependant approuvée par le Conseil d'Etat. Le fondement de cette jurisprudence.

I

L'arrêt *Couitéas*, du 30 novembre 1923, est un des cas les plus remarquables où la responsabilité de l'Etat a été prononcée sans qu'aucune faute ne fût reconnue à la charge de l'administration. C'est à ce point de vue que nous en avons déjà parlé au chapitre consacré à la responsabilité de la puissance publique. Ce qui nous intéressera maintenant dans cet important arrêt, c'est précisément qu'il nie l'existence d'une faute dans le fait, de la part du gouvernement, de refuser le concours de la force militaire à l'exécution d'un jugement, puisque ce refus était motivé par la crainte de troubles graves.

Des circonstances de l'affaire, merveilleusement complexe et embrouillée dans sa genèse, il faut se borner ici à dire l'essentiel². Le sieur Basilio Couitéas avait obtenu du Tribunal civil de Sousse, en appel du juge de paix de la même ville, un jugement ordonnant qu'il serait maintenu en possession d'un vaste domaine dans le Sud-Tunisien. La propriété de ce domaine était douteuse suivant le droit musulman, son histoire en tous cas était mouvementée ; mais il n'importe, car c'est cette décision exécutoire du Tribunal de Sousse qui va poser le problème essentiel.

1. S., 1923.III.57, conclusions Rivet, note Hauriou. Une deuxième décision, concernant la fixation de l'indemnité, fut rendue le 2 décembre 1927, *Rec.*, p. 1159. Enfin il y a un troisième arrêt *Couitéas*, rendu à la requête des héritiers le 6 novembre 1936, dont nous parlons un peu plus loin.

2. V. les discussions sur la question, à la Chambre des députés, séances des 19 et 30 janvier, 1^{er} et 2 février 1912 (*J. off., Déb. parl.*, Chambre, p. 30 et suiv., 118 et suiv., 135 et suiv., 155 et suiv.). Le résident général de France en Tunisie, M. Alapetite, y fit, comme commissaire du gouvernement, un exposé excellent et très complet de la question.

Plusieurs milliers d'indigènes¹, installés sur le domaine du sieur Couitéas, paraissaient tout à fait décidés à s'opposer par la force à l'exécution de l'arrêt. Un huissier venu pour saisir leur bétail avait du battre en retraite, crainte des pierres qu'on lui lançait. Il aurait fallu un contingent de troupes relativement important pour procéder à l'expulsion. L'opération aurait certainement été sanglante et nul ne sait quels troubles elle aurait déchaînés. — Aussi est-ce en vain que le sieur Couitéas sollicita des autorités du protectorat le respect de la formule exécutoire.

Convaincu qu'il n'obtiendrait pas l'exécution de son jugement, il se décida alors à demander une indemnité compensant le dommage que lui causait l'inertie des pouvoirs publics. Le Conseil d'Etat fut saisi d'un recours contre la décision du ministre des Affaires étrangères qui rejetait la demande d'indemnité.

II

La haute assemblée dut alors se demander si le gouvernement avait commis une faute en refusant d'employer la force publique pour l'exécution du jugement. L'illégalité de ce refus ne pouvait être contestée. « Qu'un jugement, dit en ses conclusions M. Rivet, dès l'instant qu'il est devenu définitif, doive recevoir son exécution, et qu'à cette exécution, la force publique, régulièrement requise, doive, le cas échéant, prêter son concours, c'est là un principe indiscutable, qui trouve son expression à la fois dans les Codes, dans les lois de la période révolutionnaire, et dans les décrets relatifs au service des places, et dont l'idée est inséparable de la conception de la vie en société ».

Et cependant le Conseil d'Etat jugea « qu'en prenant, pour les motifs et dans les circonstances ci-dessus rappelées, la décision dont se plaint le sieur Couitéas, le gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés, en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans un

1. L'exécution du jugement n'intéressait directement qu'environ 300 Souassis, mais un très grand nombre d'arabes installés sur d'autres parties du domaine de Couitéas se sentaient solidaires des premiers.

pays de protectorat ». Quelques années plus tard, sur un recours pour excès de pouvoir intenté par les héritiers Couitéas contre le refus toujours maintenu d'exécuter le fameux jugement, un autre arrêt¹ vint répéter « qu'en maintenant son refus de prêter le concours de la force armée à l'exécution d'un jugement du Tribunal de Sousse, rendu au profit de l'auteur des requérants et ordonnant l'expulsion de nombreux indigènes de territoires dont ceux-ci s'estimaient légitimes occupants depuis un temps immémorial, le gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique dans un pays de protectorat ».

Il n'est pas difficile de dégager la signification de ces arrêts : il n'est que de se reporter aux conclusions du commissaire du gouvernement. Il y a un principe, disait M. Rivet, qui par son importance doit primer tous les principes juridiques, « à savoir *la nécessité pour la société de vivre, et le devoir pour le gouvernement, chargé, par la Constitution, d'assurer en tous temps la marche de la machine administrative, de recourir, à l'occasion, aux moyens exceptionnels qui, seuls, peuvent en empêcher l'arrêt* ». Qu'on veuille bien considérer que l'on est dans une matière où il eut été facile au Conseil d'Etat d'invoquer la théorie des actes de gouvernement pour se dispenser d'apprécier la légalité des refus d'exécution. Que l'on se rappelle, d'autre part, que, du moins dans la première affaire *Couitéas*, il n'y aurait eu aucun inconvénient pratique grave à déclarer l'administration en faute et que la seule conséquence en aurait été d'attribuer une autre base à l'indemnité compensant le préjudice subi par le requérant. C'est sans même aucune nécessité très pressante, on le voit, que le Conseil d'Etat quitte le point de vue du juge pour adopter celui des administrateurs et partager leurs soucis, qu'il cesse de chercher dans le droit la substance de sa sentence, mais trouve dans les nécessités de l'action le fondement d'une décision qui admet et approuve la violation de la légalité.

1. 6 novembre 1936, S., 1937.III.3.

SECTION IV

L'ARRÊT VILLE DE VERSAILLES ¹

I. Exposé des faits. Position de la question. — II. La solution proposée par M. Ettori et adoptée par le Conseil d'Etat. L'illégalité admise pour laisser à l'action administrative toute son efficacité.

I

Un agent de police, placé en un carrefour de Versailles pour y régler la circulation, avait donné à une automobile particulière la priorité du passage et fait signe à un camion militaire, qui arrivait à droite du premier véhicule, d'avoir à s'arrêter. Le conducteur du camion ne put freiner suffisamment pour obéir au signal d'arrêt et il vint heurter la voiture civile.

Le particulier dont l'automobile avait été ainsi endommagée demanda une indemnité à l'Etat. Estimant que la responsabilité de l'accident incombait à la ville de Versailles, dont l'agent de police avait commis la faute de régler la circulation sans se conformer aux prescriptions du Code de la route, le ministre de la Guerre somma la ville d'avoir à payer le montant des dommages-intérêts. La ville de Versailles déféra cette décision ministérielle au Conseil d'Etat, demandant en outre à la haute assemblée de statuer sur le fond du débat.

La ville était certainement fondée à contester la compétence du ministre de la Guerre pour lui adresser une sommation de payer. Le gouvernement ne peut user de la procédure par décision exécutoire à l'égard des administrations décentralisées ². Il n'y avait pas non plus de difficultés à ce que le Conseil d'Etat évoquât l'affaire au fond, puisqu'il est le juge de la responsabilité civile des administrations

1. Conseil d'Etat, 4 mai 1932, S., 1932.III.113, conclusions Ettori, note Bonnard.

2. Voir sur ce point les développements contenus dans la note du Professeur Bonnard.

publiques, et qu'il était saisi de l'ensemble du litige par les conclusions des parties.

Quant au fond du problème, il était dominé par cette question : un agent de police qui dirige la circulation est-il tenu dans tous les cas de respecter les prescriptions du Code de la route et des règlements locaux dans les injonctions qu'il adresse aux conducteurs de véhicules et aux piétons ? Si la réponse était affirmative, la responsabilité de la ville de Versailles en résultait. Si elle était négative, il fallait admettre que la vitesse du camion militaire avait été excessive et telle que son conducteur n'avait plus été maître de son véhicule.

II

Dans la doctrine légaliste que nous critiquons, la question ne peut même pas se poser. Les règlements de la circulation s'imposent aux agents aussi bien qu'aux usagers des voies publiques, tout de même que la loi régit les administrateurs comme les administrés. En décider autrement serait porter atteinte au principe de la légalité, ce serait revenir au régime de police. On ne peut admettre d'exceptions car elles emporteraient la règle : « il n'y a pas de milieu entre la légalité stricte et sa suppression », puisque si la légalité n'est pas absolue, elle est laissée à la discrétion de l'agent administratif. — Telle est l'opinion défendue par M. Bonnard.

Tout autre fut, dans cette affaire, l'avis du commissaire du gouvernement, M. Ettori. Celui-ci ne conteste pas que les autorités publiques ne soient normalement soumises aux lois et aux règlements. Il ne refuse pas au principe de la légalité l'hommage qu'on lui doit. Mais il sait bien qu'administrer, c'est autre chose qu'exécuter les règlements et que cela consiste même parfois à les enfreindre. L'agent de police ne lui paraît pas être placé au carrefour comme une illustration en marge du Code de la route, pour rendre plus

claires les prescriptions du règlement. « Si on voulait, dit-il, exiger de l'agent la stricte observation des règlements, on amoindrirait l'utilité de sa présence qui a pour objet de faciliter une circulation trop complexe pour que la seule application du décret suffise à la régler, on inciterait le public à des discussions incompatibles avec l'ordre que la police a pour rôle d'assurer, on mettrait obstacle à l'accomplissement de ce service »¹.

Conformément à ces considérations, et pour maintenir toute son efficacité à l'action administrative, le Conseil d'Etat rejeta les conclusions du ministre de la Guerre tendant à faire reconnaître la responsabilité de la ville de Versailles. Il lui parut qu'aucune faute n'avait été commise par l'agent chargé de la circulation.

Le faible intérêt intrinsèque des faits de la cause ne doit pas faire sous-estimer l'importance de cet arrêt. Bien au contraire, l'attitude du Conseil d'Etat est d'autant plus caractéristique que la violation de la légalité n'était pas imposée ici par le péril de l'Etat (et que, en somme, la rubrique sous laquelle, faute d'une autre, nous avons classé cette décision, lui convient imparfaitement). Peut-être même cet arrêt va-t-il trop loin : nous serions enclin à penser que la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat devrait rester la seule excuse aux illégalités de l'administration.

1. Notons que, dans sa dissertation, M. Bonnard, après avoir condamné toute tentative pour introduire une certaine relativité dans le respect de la légalité, ne dédaigne pas de critiquer au point de vue de ses résultats pratiques le système soutenu par M. Etti. Il est bon, dit-il, qu'il puisse se constituer chez l'automobiliste des mécanismes réflexes amenant automatiquement la réaction conforme au Code de la route. La liberté laissée aux agents de police de régler la circulation sans obéir exactement aux règlements, contrarie la création de ces réflexes, ou fait courir de grands dangers à ceux qui les ont acquis. — C'est un argument sérieux ; seulement, en duplique, on pourrait faire remarquer que, de toutes façons, le réflexe de laisser la priorité à droite ne peut s'établir avec un complet automatisme car, aux termes des règlements, c'est souvent sur une autre base que se réglera la circulation aux croisements : c'est le véhicule roulant sur une voie de grande circulation qui aura la priorité, quelle que soit sa position par rapport à l'autre.

CHAPITRE II

ILLÉGALITÉS ADMINISTRATIVES EXCUSÉES A RAISON DU DANGER EXTÉRIEUR DE L'ÉTAT

SECTION I

ATTEINTES AU STATUT LÉGAL DES FONCTIONNAIRES

- I. Les modifications apportées par décret, au début de la guerre, au statut légal des fonctionnaires. Question de la légalité des décrets qui ne furent pas ratifiés. — II. Les arrêts *Verrier*, *Taponnot*, *Heyriès*, etc. — III. L'explication d'Hauriou : contrôle de la constitutionnalité de l'article 65 de la loi de 1905. Critique tirée du texte même de la loi constitutionnelle invoquée et des arrêts postérieurs qui refusent d'apprécier la constitutionnalité d'une loi. — IV. Conclusion.

I

Il y a, dans l'organisation des services publics, un point d'équilibre à trouver entre la nécessité de protéger les fonctionnaires contre l'arbitraire, et, d'autre part, la nécessité aussi impérieuse d'éliminer les incapables ou de punir les fautifs. Longtemps à la merci de l'autorité hiérarchique, les agents publics devaient obtenir dans notre régime démocratique de grandes et presque excessives garanties contre les mesures disciplinaires. Cette législation protectrice des situations individuelles, acceptable en temps normal, allait apparaître gênante et dangereuse lorsqu'on dut exiger de tous les services publics leur rendement maximum, c'est-à-dire pendant la guerre.

Dès le début des hostilités le gouvernement dut modifier

par décret, pour l'intérêt de la défense nationale, le statut légal des fonctionnaires en supprimant provisoirement certaines garanties individuelles inscrites dans les lois.

C'est ainsi que le décret du 15 août 1914 suspendit, pendant la durée de la guerre et en ce qui concerne les militaires, l'application des dispositions de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 (aux termes desquelles, on le sait, tous les fonctionnaires civils et militaires ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les pièces concernant leurs dossiers avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire).

A la consultation du conseil supérieur de la guerre, nécessaire, en vertu de la loi du 16 février 1912, pour la mise à la retraite d'office des officiers généraux et des fonctionnaires militaires de grade correspondant, un autre décret du 15 août 1914 substitua l'avis du général commandant en chef des armées ou l'avis d'un officier général désigné par le ministre de la Guerre et appartenant ou ayant appartenu au conseil supérieur de la guerre.

Le décret du 9 septembre 1914 reprit les dispositions du décret précédent concernant les officiers généraux, et suspendit également le fonctionnement des conseils d'enquêtes pour la réforme par mesure de discipline des officiers de l'armée active, la révocation des officiers de réserve, la rétrogradation ou la cassation des sous-officiers, brigadiers ou caporaux rengagés, l'admission d'office à la retraite proportionnelle ou la révocation des militaires commissionnés et des militaires de la gendarmerie. Le commandement devait seulement provoquer, dans la mesure du possible, les observations des intéressés sur les faits relevés contre eux.

Le décret du 10 septembre 1914 supprima pour tous les fonctionnaires et pour toute la durée des hostilités l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, complétant ainsi le décret du 15 août 1914 qui ne concernait que les militaires. Le décret du 16 septembre 1914 suspendit le

fonctionnement des conseils de discipline comme le décret du 9 septembre 1914 avait fait le fonctionnement des conseils d'enquêtes destinés aux militaires.

Bref toute une série de décrets, dont nous ne mentionnons ici qu'une faible partie, adaptaient la législation à la guerre qui commençait.

Il y avait dans ces mesures gouvernementales une illégalité non douteuse en tant que les dispositions inscrites dans les lois étaient modifiées par simples décrets. Aussi la loi du 30 mars 1915 les vint-elle ratifier « pour leurs dispositions avoir force de loi à dater de leur publication ».

Malheureusement le législateur omit de faire figurer, dans la liste des textes ratifiés, les décrets du 10 septembre et du 16 septembre 1914. Le Conseil d'Etat allait donc avoir à apprécier la validité de ces décrets et des actes pris en application. Et même en ce qui concernait les décrets ratifiés, il pouvait — bien que leur validation rétroactive par le législateur, avant que les recours fussent jugés, rendît inutile cet examen — examiner s'ils avaient constitué un excès de pouvoir de la part du gouvernement.

II

La première décision sur la matière, l'arrêt *Verrier*, du 30 juillet 1915¹, fut rendue à la requête d'un général de division qui avait été admis par décret à faire valoir ses droits à la retraite. Le requérant soutenait que le décret du 15 août 1914, modifiant la procédure de mise à la retraite d'office des officiers généraux, était illégal, et qu'aucune ratification ne pouvait rendre légale une de ses applications individuelles faites avant que la ratification ne fût intervenue. — Dans un considérant, le Conseil d'Etat constate que la loi du 30 mars 1915 a donné rétroactivement force de loi au décret à dater de sa publication. Mais, sans se

1. *Rec.*, p. 257,

borner à cet argument, l'arrêt affirme « qu'il appartenait au Président de la République de prendre les mesures commandées par les circonstances en vue d'assurer, dans l'intérêt de la défense nationale, l'exécution de la loi et de déterminer les conditions d'exercice du droit qui appartient au gouvernement depuis la loi du 4 août 1839 de prononcer la mise à la retraite d'office des officiers généraux, alors que l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1^{er} de la loi du 16 février 1912 était rendu impossible par les événements de guerre ».

L'arrêt *Taponnot*¹, rendu à la requête d'un capitaine de l'armée territoriale, admet, pour les mêmes motifs exprimés dans les mêmes termes, la validité du décret du 15 août 1914 qui suspend pour les militaires l'application de l'article 65 de la loi de 1905.

L'arrêt *Heyriès*, du 28 juin 1918², est plus intéressant en ce que, cette fois, l'argument tiré de la ratification ne vient plus militer en faveur de la légalité du décret. Il s'agissait d'un fonctionnaire qui, bien qu'employé par l'administration de la guerre, n'avait pas quant à lui la qualité de militaire, et par conséquent c'est le décret du 10 septembre 1914 — non ratifié, nous l'avons vu — dont on faisait application à son égard en le révoquant sans communication préalable de son dossier. Décret évidemment illégal comme contraire aux prescriptions d'une loi, soutenait le requérant.

Le Conseil d'Etat répond que « par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; qu'il lui appartenait, à la date

1. Conseil d'Etat, 15 juin 1917, *Rec.*, p. 463.

2. S., 1922.III.49, note Hauriou.

du 10 septembre 1914, à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire, de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer, et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale ; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité » et que, par conséquent, en suspendant pour la durée de la guerre l'application de l'article 65, « le Président de la République n'a fait qu'user des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ».

Avec un peu plus de brièveté dans l'argumentation, la solution de l'arrêt *Heyriès* est reproduite dans les arrêts *Fabre*, du 16 janvier 1920¹ ; *Laporte*, du 23 janvier 1920² ; *Lanchy*, du 2 décembre 1921³.

III

A lire les motifs que nous venons de rapporter, il semble, à première vue, que le Conseil d'Etat ait adopté la théorie du Doyen Hauriou⁴ et cherché dans la constitution le moyen de justifier les violations de la loi imposées par les événements. Cependant, plus prudent que son illustre annotateur, il se serait gardé de prendre appui sur aucun de ces principes, prétendument fondamentaux, mais non écrits, et qui manquent de réalité objective ou de consistance. C'est à un texte précis, l'article 3 de la loi du 25 fé-

1. *Rec.*, p. 38.

2. *Rec.*, p. 89.

3. *Rec.*, p. 1000.

4. V. *supra*, p. 207.

vrier 1875, qu'il aurait eu recours pour prononcer l'inconstitutionnalité de l'article 65 de la loi de 1905, en tant du moins que cette dernière disposition serait applicable en cas de guerre. L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 met le Président de la République à la tête de l'administration : le chef de l'Etat tiendrait de ce texte la mission d'assurer la marche des services publics et aucune loi ordinaire ne pourrait faire obstacle à l'exercice de cette fonction.

Que dit exactement l'article 3 de la loi du 25 février 1875 ? « Le Président de la République... promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux Chambres ; *il en surveille et en assure l'exécution*... Il dispose de la force armée. Il nomme à tous les emplois civils et militaires etc... ». Le Président de la République, dira-t-on, est chargé de l'exécution des lois, donc il est placé à la tête de l'administration, donc il peut s'abstenir d'exécuter les lois, et sera admis à les violer au contraire. Cela ressemble un peu à ces raisonnements plaisants auxquels s'amusaient les philosophes de l'Ecole. Hauriou doit avouer d'ailleurs que l'interprétation constitutionnelle à laquelle lui paraît se livrer le Conseil d'Etat est « légèrement *constructive*, comme disent les Américains ». Si en Amérique ce genre d'interprétation s'appelle constructive, c'est sans doute que l'humour anglo-saxon aime à s'exprimer par antiphrases.

Il est d'autant plus invraisemblable que le Conseil d'Etat ait usé d'un aussi mauvais argument dans l'espèce, que, quelques années plus tard, les arrêts *Dame Coudert* et *Arrighi*, du 6 novembre 1936¹, devaient refuser catégoriquement d'examiner la constitutionnalité de l'article 36 de la loi du 28 février 1934 autorisant le gouvernement à prendre les mesures d'économies nécessaires à l'équilibre budgétaire.

Il est vrai que M. Mestre² estime que l'hypothèse est différente et que les arrêts *Coudert* et *Arrighi* ne contre-

1. S., 1937.III.33, conclusions Latournerie, note Mestre. V. aussi Conseil d'Etat, 23 mai 1901, *Delarue*, S., 1904.III.37.

2. Note précitée.

disent pas l'arrêt *Heyriès* considéré comme examinant la constitutionnalité de la loi de 1905. « Si par l'arrêt *Heyriès* le Conseil d'Etat s'est reconnu le droit d'invoquer la super-légalité constitutionnelle, comment les arrêts ci-dessus affirment-ils, au contraire, qu'« en l'état actuel du droit public ce moyen (l'inconstitutionnalité de la loi) n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat » ? C'est que la situation est très différente. Sans doute, dans les deux séries de cas, ce que réclamait le requérant c'était l'annulation d'un acte administratif pour un motif d'ordre constitutionnel ; mais avec l'arrêt *Heyriès*, il se bornait à critiquer le décret qui avait servi de base à l'acte dont il demandait l'annulation ; dans les présentes affaires, au contraire, le décret n'était visé et ne pouvait être atteint qu'à travers la loi et c'est uniquement sur l'inconstitutionnalité de la loi du 25 février 1934 que se trouvait fondée pour le requérant la nullité du décret attaqué. Dans l'arrêt *Heyriès*, le Conseil d'Etat n'était pas invité à censurer la loi, mais, tout au contraire, à en assurer le respect. Dans nos arrêts, on demande au Conseil d'Etat de déclarer une loi inconstitutionnelle et c'est cette prétention que celui-ci s'est formellement refusé à admettre ».

Nous l'avouons en toute franchise, nous ne comprenons pas la distinction qu'établit ici notre éminent maître. Dans l'arrêt *Heyriès* le Conseil d'Etat maintiendrait un décret illégal parce que la loi elle-même que contredit ce décret est inconstitutionnelle. Dans les arrêts *Coudert* et *Arrighi* le Conseil d'Etat maintient un décret pour ce motif qu'il ne peut examiner si la loi sur laquelle s'appuie ce décret est inconstitutionnelle. Si le Conseil d'Etat examine la constitutionnalité de la loi dans le premier cas, comment ne serait-ce pas une inconséquence de s'y refuser dans le second ?

Dans l'arrêt *Heyriès*, dit-on, le Conseil d'Etat applique la loi constitutionnelle. Mais il l'applique à l'encontre d'une loi ordinaire, en la faisant prévaloir sur la loi de 1905 considérée comme hiérarchiquement inférieure. Eh bien ! le contrôle de la constitutionnalité ne se définit pas autrement

que par cette préférence donnée à la constitution sur la loi par le juge chargé de les appliquer toutes les deux.

On ne peut admettre que ce contrôle soit à sens unique : qu'il serve à la protection de l'administration, et non à celle des administrés ; que l'administration puisse se dispenser d'exécuter une loi inconstitutionnelle, mais que les particuliers soient obligés de subir les applications qu'on leur fait d'une autre loi inconstitutionnelle.

IV

Ce n'est donc pas une interprétation de la loi constitutionnelle qui explique la solution de l'arrêt *Heyriès*. Ce n'est pas de l'idée que le Président de la République veille à l'exécution des lois qu'on fera sortir un droit constitutionnel à violer ces mêmes lois. De la constitution, on ne peut retenir ici qu'une seule idée : que le Président de la République est le chef de l'administration. Et la solution découlera alors d'une conception de l'administration qu'aucun texte de loi, constitutionnel ou autre, ne fournit ; elle s'appuyera, plus ou moins explicitement, sur cette idée que la fonction administrative est autre chose qu'une simple fonction exécutrice de droit. « D'abord gouverner et administrer, dit Hauriou, ensuite exécuter la loi ». Telle est en effet la devise de l'administration.

* * *

On pourrait rapprocher des arrêts *Verrier*, *Taponnot*, *Heyriès* etc... l'arrêt *Trouselle*, du 23 janvier 1920¹, qui affirme la validité d'un décret du 13 août 1914, par lequel était autorisée la publication de tableaux de concours de la Légion d'honneur et de la médaille militaire dans des conditions contraires aux prescriptions de la loi du 18 décembre 1905. La décision se justifie de la même façon.

1. *Rec.*, p. 93.

SECTION II

LES RESTRICTIONS ILLÉGALES AUX LIBERTÉS INDIVIDUELLES

- I. Les pouvoirs de l'autorité de police pendant la guerre ; leur insuffisance.
Les décisions illégales de l'administration déferées au Conseil d'Etat. —
- II. Analyse particulière de l'arrêt *Dames Dol et Laurent* : exposé des faits et solution que le problème aurait dû recevoir sur la base du droit. —
- III. La décision du Conseil d'Etat ; sa nature d'acte administratif.

I

Du fait de la guerre, les libertés individuelles se trouvent restreintes conformément aux dispositions de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège¹. Aux pouvoirs ordinaires de l'autorité de police, s'ajoutent pour l'autorité militaire tous ceux qui lui sont attribués par l'énumération de l'article 9, savoir les droits suivants :

1° Faire des perquisitions, de jour et de nuit, dans le domicile des citoyens ;

2° Eloigner les repris de justice et les individus qui n'ont pas leur domicile dans les lieux soumis à l'état de siège ;

3° Ordonner la remise des armes et munitions et procéder à leur recherche et à leur enlèvement ;

4° Interdire les publications ou les réunions jugées de nature à exciter ou à entretenir le désordre.

Ces dispositions parurent souvent insuffisantes pendant la grande guerre et les autorités responsables ne se tinrent pas toujours dans la limite de leurs pouvoirs légaux. La nécessité la plus impérieuse commandait d'expulser de la zone des armées tous les éléments douteux qui s'y trouvaient ou s'y infiltraient. Or, on vient de le voir, la loi de 1849 n'autorisait à expulser que les repris de justice et les individus n'ayant pas leur domicile dans la région. D'autre part,

1. Loi du 5 août 1914 : « L'état de siège déclaré par le décret du 2 août 1914 est maintenu pendant toute la durée de la guerre ».

une réglementation très sévère de la prostitution s'imposait dans les villes d'importante garnison, tant pour l'intérêt du bon ordre et de l'hygiène des troupes que pour éviter des indiscretions néfastes au secret des opérations militaires.

A la requête des intéressés, le Conseil d'Etat rendit sur ces mesures un certain nombre d'arrêts qui les validaient : *Dames Dol et Laurent*, du 28 février 1919¹; *Demoiselle Bouquet*, du 27 juin 1919²; *Demoiselle Bellone*, du 8 août 1919³; *Dame Pouade*, du 24 octobre 1919⁴; *Musart*, *Demoiselle Flamant*, *Gesthoffert*, du 9 janvier 1920⁵; *Dame Tassus*, *Dame et Demoiselle Trepel*, *Schweitzer*, *Bovser*, du 30 avril 1920⁶; *Pollet*, du 21 mai 1920⁷; *Chauvelon et Dame Carpentier*, du 4 mars 1921⁸; *Demoiselle Metayer*, du 3 février 1922⁹.

II

De toute cette série d'arrêts, le premier, *Dol et Laurent*, est de beaucoup le plus connu, non qu'il soit le plus caractéristique, mais parce qu'il inaugure la jurisprudence, et aussi parce qu'il a eu la bonne fortune d'être annoté par le Doyen Hauriou. Nous en ferons donc une analyse un peu détaillée.

Le préfet maritime de Toulon avait pris deux arrêtés interdisant :

— d'une part, à tous propriétaires de cafés, bars ou débits de boisson, de servir à boire à des filles publiques, tant isolées qu'accompagnées, et de les recevoir dans leurs établissements ;

1. S., 1919.III.33, note Hauriou.

2. *Rec.*, p. 587.

3. *Rec.*, p. 747.

4. *Rec.*, p. 764.

5. *Rec.*, p. 12.

6. *Rec.*, p. 431.

7. *Rec.*, p. 536.

8. *Rec.*, p. 248.

9. *Rec.*, p. 110.

— d'autre part, à toute fille isolée de racoler en dehors du quartier réservé et à toute femme ou fille de tenir un débit de boissons ou d'y être employée à titre quelconque.

La sanction de ces arrêtés était, en ce qui concerne les filles, le dépôt au « violon » par mesure disciplinaire et, en cas de récidive, l'expulsion du camp retranché de Toulon ; en ce qui concerne les débitants de boissons, la fermeture de leur établissement.

Ces règlements ne furent pas attaqués par les débitants de boissons, mais par les Dames Dol et Laurent, « se disant filles galantes », et invoquant qu'ils portaient atteinte à leur liberté individuelle.

La loi du 9 août 1849 ne confère à l'autorité militaire, au cas d'état de siège, aucun droit particulier concernant la réglementation de la prostitution. L'article 9 pouvait seulement permettre l'expulsion des filles ayant subi des peines afflictives et infamantes ou n'ayant pas leur domicile dans la ville. Et il ne faut pas oublier que cette énumération de l'article 9 est restrictive, l'article 11 disposant que les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à jouir de tous ceux des droits dont la jouissance n'a pas été expressément suspendue par cette loi.

Le préfet maritime ne disposait donc que des pouvoirs généraux de police. On admet que la mission de veiller au bon ordre et à la salubrité publique permet aux maires et aux préfets de réglementer étroitement l'exercice de la prostitution : d'assujétir les filles publiques à des visites médicales, de leur interdire le racolage dans certains quartiers et dans certains lieux publics, la circulation et le stationnement dans la rue après une heure déterminée¹.

1. Boiron (Thèse, Nancy, 1926). — La Cour de Cassation admettait d'ailleurs que cette réglementation n'était légalement applicable qu'aux filles inscrites sur les registres de la police, et non aux autres filles ou femmes quelle que fût leur conduite (V. en dernier lieu Cass. crim., 17 décembre 1925, D., 1927.I.79). L'arrêt du 1^{er} juillet 1931 semble avoir marqué un revirement de la jurisprudence sur ce point en reconnaissant que l'interdiction du racolage pouvait être applicable « à quiconque ».

Ce pouvoir de réglementation peut même aller jusqu'à la prohibition complète de se livrer publiquement au racolage ou à tout acte de provocation, par geste ou par parole, à la débauche, ou à tout acte qui serait de nature à troubler l'ordre ou la décence publique¹. D'autre part, des arrêts de la Cour de Cassation, à la vérité déjà anciens, ont déclaré légaux des règlements de police interdisant aux cafetiers et débitants de boissons d'employer, pour servir les consommateurs, des femmes ou filles étrangères à leur famille². Par contre la jurisprudence de la Cour de Cassation et celle du Conseil d'Etat s'accordent à considérer comme entâché d'excès de pouvoir l'arrêté qui interdit, d'une manière absolue, aux filles isolées de fréquenter les cafés et autres débits de boissons, ainsi qu'aux tenanciers de ces établissements de les y recevoir³.

Ce qu'il y avait, de plus, de certainement illégal, dans les arrêtés du préfet maritime, c'était les sanctions qu'ils édictaient. La seule sanction légale d'un règlement de police est celle de l'article 471, alinéa 15, du Code pénal, et c'est l'autorité judiciaire qui doit la prononcer. Il est vrai qu'en vertu d'un ancien usage, qui n'est qu'un vieil abus, le préfet de police, à Paris, se croit autorisé à faire incarcérer les filles par mesure disciplinaire. Mais cette pratique, sur laquelle le Conseil d'Etat a eu beaucoup de mal à ne pas se prononcer directement⁴, parce qu'il aurait dû la condamner, est d'une illégalité affirmée par l'unanimité des auteurs⁵.

1. Cass. crim., 1^{er} juillet 1931, D., 1932.I.165, conclusions du conseiller Bourgeon.

2. Cass. crim., 21 juin 1883, S., 1884.I.93 ; 23 mai 1889, S., 1889.I.392.

3. Conseil d'Etat, 11 avril 1913, *Dame Laugier, Rec.*, p. 386. — Cass. crim., 8 janvier 1915, D., 1916.I.195.

4. Arrêt. du 2 juin 1911, *De Pressensé et Morhardt, Rec.*, p. 665 : « ... Si le préfet tient des dispositions de la loi des 16-24 août 1790 et de l'arrêté du 12 messidor an VIII, le pouvoir de faire des règlements édictant les mesures d'inspection et de surveillance auxquelles les filles publiques doivent être soumises, il ne peut lui appartenir de créer un tribunal appelé à exercer une véritable juridiction et à prononcer des peines... ».

5. V. Dolléans, *La police des mœurs* (thèse, Paris, 1903) et les auteurs cités : Batbie, Garraud, Faustin-Hélie, Vivien, Berthélemy, Adde Duguit, *Droit constitutionnel*, 2^e édit., t. V, p. 105.

En tous cas, les infractions aux règlements de police ne pouvaient pas être sanctionnées par l'expulsion du camp retranché de Toulon, puisque la législation de l'état de siège n'autorise que l'expulsion des repris de justice ou des personnes non domiciliées dans la région.

III

Le Conseil d'Etat ne discute même pas l'illégalité des mesures. Il n'oppose non plus aux requérantes aucune fin de non-recevoir *propter turpitudinem*. « Considérant, dit-il seulement, que les limites des pouvoirs de police dont l'autorité publique dispose pour le maintien du bon ordre et de la sécurité, tant en vertu de la législation municipale que de la loi du 9 août 1849, ne sauraient être les mêmes dans le temps de paix et pendant la période de guerre, où les intérêts de la défense nationale donnent au principe de l'ordre public une extension plus grande et exigent pour la sécurité publique des mesures plus rigoureuses; qu'il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des faits qu'il importe de prévenir. — Considérant qu'au cours de l'année 1916, les conditions dans lesquelles les agissements des filles publiques se sont multipliés à Toulon ont, à raison tant de la situation militaire de cette place forte que du passage incessant des troupes à destination ou en provenance de l'Orient, présenté un caractère tout particulier de gravité, dont l'autorité publique avait le devoir de se préoccuper, au point de vue tout à la fois du maintien de l'ordre, de l'hygiène et de la salubrité, et aussi de la nécessité de prévenir le danger que présentait pour la défense nationale la fréquentation d'un personnel suspect et les divulgations qui pouvaient en résulter, qu'il est apparu que les mesures faisant

l'objet du présent pourvoi s'imposaient pour sauvegarder d'une manière efficace tout à la fois la troupe et l'intérêt national ... ». Comme on le voit, ce ne sont pas les textes de lois qui servent ici d'arguments mais les nécessités de l'action administrative.

Dans tous les autres arrêts de la série (*Demoiselle Bouquet*, *Demoiselle Bellone*, *Dame Pouade*, etc...) la même solution fondée sur les mêmes motifs est rendue dans des cas d'espèce analogues, où sont critiqués, soit des règlements qui menacent les contrevenants de l'expulsion, soit des décisions individuelles d'expulsion prises à l'égard de filles publiques ou d'indésirables à divers titres. Dans tous ces cas, les décisions critiquées sont en contradiction formelle avec la loi du 9 août 1849 et le Conseil d'Etat les déclare valables néanmoins.

Il n'est pas nécessaire de commenter longuement ces arrêts. Il est patent qu'ils ne peuvent se fonder ni sur les pouvoirs ordinaires de police; ni même sur la législation spécialement prévue pour l'état de guerre : mais seulement sur l'intérêt de la défense nationale.

SECTION III

LA FERMETURE DES DÉBITS DE BOISSONS
PAR MESURE ADMINISTRATIVE

- I. La législation sur les débits de boissons et les mesures de police concernant ces établissements prises par l'autorité militaire pendant la guerre. Les arrêts du Conseil d'Etat *Delmotte*, *Senmartin* etc... — II. Les deux questions posées par la fermeture des débits de boissons : A) Peut-on considérer le rassemblement des consommateurs dans un café comme une « réunion » ? Exposé de l'argumentation de M. Corneille. B) A supposer la première question résolue par l'affirmative, s'ensuit-il que le débit pourra être fermé ? — III. Les solutions à ces deux questions : A) L'argumentation soutenue par M. Corneille sur le premier point est critiquable. B) Fût-elle exacte, la fermeture d'un débit reste une mesure d'exécution illégale de la décision interdisant les réunions dans ce débit. — IV. L'attitude des tribunaux judiciaires sur le même problème. — V. Conclusions. — VI. Appendice : les décisions du Conseil d'Etat concernant la réglementation de la boulangerie.

I

Dans l'état de la législation, au début de la guerre, la fermeture d'un débit de boissons ne pouvait être prononcée ni par l'autorité administrative, en vertu de ses pouvoirs de police, ni même par l'autorité judiciaire, comme conséquence d'une infraction constatée aux règlements. Cette remarquable protection des débits résultait de la loi du 17 juillet 1880 abrogeant le décret du 29 novembre 1851. Cependant, comme certains cafés étaient des centres d'agitation et de désordre, l'autorité militaire les fit fermer en invoquant l'article 9 de la loi du 9 août 1849, sur l'état de siège, qui lui donne le droit d'interdire les réunions.

Quelques unes de ces décisions furent déférées au Conseil d'Etat comme illégales. D'une part, soutenaient les requêtes, la législation sur les débits n'accorde aucun droit de fermeture à l'administration ; d'autre part, la loi de 1849 n'autorise que l'interdiction des *réunions*, et le groupement de fait des consommateurs dans un café n'est pas une réunion, au sens où le mot a toujours été pris dans notre langue juridique.

A ces critiques, le Conseil d'Etat répondit « que l'article 9, alinéa 4, de la loi du 9 août 1849 a pour but de donner à l'autorité militaire, chargée d'assurer la sécurité publique dans les territoires déclarés en état de siège, le pouvoir d'empêcher les réunions de toute espèce qui seraient de nature à exciter ou à entretenir le désordre; qu'il vise, en conséquence, non seulement les réunions concertées ou organisées en vue de la défense d'idées ou d'intérêts, c'est-à-dire les assemblées auxquelles s'appliquent les dispositions des lois qui ont réglementé l'exercice du droit de réunion, notamment la loi du 30 juin 1881, sur la liberté de réunion, mais encore les rassemblements de fait, même accidentels, des citoyens dans tous les lieux ouverts au public, tels que cafés, débits de boissons etc... lorsque ces réunions pourraient, en engendrant des désordres, compromettre les intérêts dont l'autorité militaire a la garde pendant la durée de l'état de siège ». Telle est l'argumentation des arrêts *Delmotte* et *Senmartin*, du 16 août 1915¹, *M'Bareck-ben-Thassen et autres*, du 20 juin 1919², *Chauvelon et Dame Carpentier*, du 4 mars 1921³.

II

Comme le fait justement remarquer Hauriou dans sa note sous l'arrêt *Delmotte*, deux questions bien distinctes se posaient au sujet de cette fermeture des débits de boissons par mesure administrative. Il fallait d'abord examiner si l'on pouvait appliquer aux rassemblements de consommateurs dans un café les dispositions de la loi de 1849 qui donnent à l'autorité militaire « le droit d'interdire les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou à entretenir le désordre ». Ensuite, à supposer que l'autorité militaire eût le droit d'interdire ces réunions de fait, on pouvait se demander s'il

1. S., 1916.III.9 (deux arrêts), conclusions Corneille, note Hauriou.

2. *Rec.*, p. 542.

3. *Rec.*, p. 248.

en résultait qu'elle pût procéder à la fermeture du débit par mesure administrative, comme conséquence de l'interdiction.

A) A la première question les arrêts répondent explicitement par l'affirmative et leur argumentation se trouve longuement et habilement développée dans les conclusions de M. Corneille pour les affaires *Delmotte* et *Senmartin*. Les requérants, dit le commissaire du gouvernement, s'appuient sur ce principe qu'en vertu de la loi du 17 juillet 1880, il est impossible de fermer un débit de boissons. Or la loi du 9 août 1849 n'accorde à l'autorité militaire, au cas d'état de siège, de pouvoirs exceptionnels que dans quatre cas limitativement énumérés. S'il figure dans cette énumération le droit d'interdire les réunions, ce mot doit s'entendre dans le sens où le prennent les lois sur la matière : il désigne le fait pour plusieurs personnes de s'assembler, après convocation, afin de se concerter sur un sujet quelconque touchant leurs droits ou leurs intérêts. Dans un débit de boissons où s'échangent quelques réflexions *inter pocula*, on ne trouve pas ce concert et cette discussion organisée qui caractérisent la réunion publique.

Mais, objecte M. Corneille, cette argumentation repose sur une équivoque en ce qu'elle suppose que la loi de 1849 « s'adosse aux autres lois sur les garanties individuelles des citoyens, qu'elle s'y adapte même parfaitement, qu'il s'agit purement et simplement d'un raccord momentané, d'une rallonge accidentelle et temporaire ». Or, bien au contraire, la législation de l'état de siège forme un système à part et qui se suffit à lui-même. On ne doit pas chercher à interpréter la loi de 1849 par la référence à un état de droit auquel elle a précisément pour but de se substituer. Par conséquent, on ne peut restreindre le sens grammatical du mot réunion, en invoquant par exemple la loi sur la liberté de réunion.

B) En ce qui concerne la possibilité de fermer le débit comme conséquence du droit d'interdire les réunions de

fait qui s'y tiennent, M. Corneille ne dit rien et les motifs de l'arrêt ne contiennent non plus aucune indication. C'est là pourtant qu'est le véritable problème.

II

Sur l'argumentation développée par M. Corneille, il nous semble qu'il y a d'importantes réserves à faire. De plus, même à la supposer fondée, il reste impossible de justifier en droit la fermeture des débits.

A) L'idée que la législation de l'état de siège a pour objet de « contrecarrer en bloc » l'état du droit ordinaire paraît contenir une certaine exagération. L'article 11, qui pose le principe de l'interprétation restrictive, semble bien, contrairement à l'opinion de M. Corneille, prouver que la loi n'est qu'une « rallonge accidentelle et temporaire » à la législation du temps de paix. En outre, si l'on tirait toutes ses conséquences logiques de la théorie du commissaire du gouvernement, il faudrait admettre que les tribunaux militaires, pendant l'état de siège, lorsqu'ils connaissent des crimes et des délits contre la sûreté de l'Etat en vertu de l'article 8 de la loi de 1849, ne sont pas liés par la définition légale des délits et l'échelle légale des peines. Or c'est une conséquence qu'on ne peut songer à accepter, et contre laquelle, s'il en était besoin, on pourrait invoquer les termes formels du rapport présenté au nom du Conseil d'Etat par le conseiller Boudet ¹.

Admettons pourtant que le mot de réunion n'a pas, dans la loi de 1849, l'acception précise et restreinte que lui donnent les autres lois. Les débits de boissons n'en seront peut-être pas moins soustraits aux pouvoirs que la loi de 1849 confie à l'autorité militaire, pour cette simple raison que la loi du 17 juillet 1880 n'autorise leur fermeture dans aucun cas. Dans la mesure où la loi de 1849 concerne

1. *Moniteur* du 8 août 1849.

les cafés, elle devrait être tenue pour abrogée par la loi de 1880. Hauriou invoque le caractère *spécial* des lois de police auxquelles une loi générale de liberté rendue ultérieurement ne dérogerait pas : *legi speciali per generalem non derogatur*. Mais cet adage ne peut concerner que les rapports d'une loi très spéciale à une loi très générale sinon il mettrait en échec l'axiome bien plus incontestable : *lex posterior derogat priori*. Et, aussi bien, on pourrait soutenir, d'un autre point de vue, que la loi générale est celle de 1849, puisqu'elle vise toutes espèces de réunions, et la loi spéciale celle de 1880 qui ne concerne que les débits.

B) Supposons maintenant acquis que l'autorité militaire ait le droit, en temps de guerre, d'interdire toutes les réunions de fait, y compris celles des consommateurs dans un café. Il ne s'ensuit pas, du tout, nécessairement qu'elle pourra procéder à la fermeture du débit pour toute la durée de la guerre. Il est clair que l'existence d'un débit de boissons ne se confond pas avec les réunions qui s'y peuvent tenir. Si la décision qui consiste à interdire les réunions est légale, la mesure d'exécution qui consiste à fermer le débit ne l'est pas car elle dépasse son but et viole le droit de propriété avec la liberté du commerce. A certaines heures, il pourra ne se trouver dans le café qu'un seul consommateur ou des consommateurs isolés et qui ne s'adressent pas la parole. D'autre part, une notable partie de l'activité des petits débitants consiste dans la vente des boissons à emporter : ce commerce innocent se trouve illégalement empêché. La seule attitude qu'eût pu prendre l'autorité administrative c'est de surveiller le débit et de dissoudre *manu militari* les réunions qui pourraient s'y tenir et qui lui paraîtraient de nature à exciter ou à entretenir le désordre.

Hauriou, dans sa note, rappelle les conclusions de M. Romieu dans l'affaire *Société immobilière de Saint-Just*¹. C'est bien à tort que l'on chercherait à prouver que les décisions

1. Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, S., 1904.III.17.

concernant les débits de boissons sont en concordance avec les règles exposées par le commissaire du gouvernement devant le Tribunal des conflits. Un des quatre principes formulés est celui-ci : il faut que les mesures d'exécution administrative *tendent uniquement, dans leur objet immédiat, à la réalisation de l'opération prescrite par la loi*. Et, commentant ce principe, M. Romieu s'exprime ainsi : « Les mesures d'exécution ne doivent pas vous apparaître comme manifestement en dehors du cercle des mesures qui peuvent vous apparaître, à première vue, comme nécessaires pour l'exécution directe et immédiate de l'opération autorisée ». Encore ne s'agissait-il là que de distinguer l'acte administratif — sans qu'il soit préjugé de sa légalité — de la voie de fait.

Et c'est en vain aussi que le Doyen Hauriou cherche à justifier par *l'urgence* ces mesures d'exécution. L'urgence ne peut être que de dissoudre un rassemblement tumultueux, ou d'interdire une réunion imminente et dont on craint qu'elle ne provoque des désordres. Mais il n'y a pas d'urgence, c'est-à-dire de péril imminent¹, qui oblige à fermer complètement et pour toute la durée de la guerre un cabaret où il s'est fait quelque tapage.

IV

Les tribunaux judiciaires ont eu, eux aussi, à examiner cette question de la fermeture des débits, et il est intéressant de comparer leurs solutions à celles du Conseil d'Etat. Comme on pouvait s'y attendre, elles sont assez différentes.

Un jugement du Tribunal de simple police de Caen, en date du 23 juillet 1915², refusa d'appliquer les peines de l'article 471, alinéa 15, à une cabaretière, la demoiselle Malherbe, qui avait contrevenu à la décision ordonnant

1. Cf. les conclusions de M. Romieu, dans l'affaire *Dame de Suremain*, Conseil d'Etat, 19 avril 1907, S., 1909.III.101.

2. S., 1917.I.29.

la fermeture de son établissement. Les attendus de ce jugement relèvent que « jamais la rencontre plus ou moins fortuite dans un même lieu, de quelques personnes n'ayant aucun rapport entre elles n'a été regardée comme une réunion ; que toutes les lois extensives et restrictives de la liberté de réunion ne se sont appliquées qu'aux assemblées annoncées ou concertées de citoyens dans le but de discuter en commun ou d'arrêter des résolutions ; qu'il est constant que la loi de 1849, votée alors que Paris venait d'être mis en état de siège, a entendu donner à l'autorité militaire le droit de dissoudre les clubs, de disperser les assemblées tumultueuses si fréquentes alors et qui troublaient à chaque instant la tranquillité publique ».

Sur pourvoi du ministère public, la Cour de Cassation reconnut qu'en refusant de faire application à la prévenue des peines de l'article 471, alinéa 15, le juge de police n'avait commis aucune violation de la loi¹. Il est vrai que la Cour suprême ne prend pas aussi nettement parti que le juge de simple police sur la légalité de la fermeture du débit. Après avoir constaté que cette décision de fermeture ne pouvait s'appuyer sur les droits ordinaires de l'autorité de police, l'arrêt ajoute « qu'à la vérité, il est soutenu que le droit spécial, attribué à l'autorité militaire par l'article 9 de la loi du 9 août 1849, d'interdire les réunions qu'elle juge de nature à exciter ou entretenir le désordre, implique celui d'ordonner la fermeture des débits de boissons, pour empêcher les réunions qui pourraient s'y produire et menacer l'ordre public ; mais ... que les arrêtés que l'autorité militaire peut prendre en vertu des pouvoirs exceptionnels qui lui sont conférés par l'article précité ne sont pas, à la différence de ceux qu'elle peut prendre en vertu de l'article 7 de la même loi, sanctionnés par l'article 471, alinéa 15, du Code pénal... ». Le remarquable rapport du conseiller Petitier² reprend par contre l'argumentation du

1. S., 1917.I.25, note Roux ; D., 1916.I.129.

2. Ce rapport est reproduit dans la *Gazette des Tribunaux*, 12 juin 1916.

juge de simple police et la complète en montrant qu'on ne doit pas « confondre la réunion avec le débit de boissons où elle peut avoir lieu ».

V

De ce qui précède, il résulte qu'il y a, dans les décisions du Conseil d'Etat concernant les débits de boissons, au moins une illégalité certaine. On peut discuter sur le sens du mot réunion dans la loi de 1849, on peut douter si cette loi est abrogée par la loi de 1880. Mais il faut avouer que le droit d'interdire les réunions qui se tiendraient dans un café ne justifie pas la fermeture du fonds de commerce. Il y a là une mesure d'exécution illégale, mais énergique et efficace. Il n'est pas très facile pour la police de surveiller constamment un débit où elle craint qu'il y ait du désordre. Il est peu intimidant pour le cabaretier de ne risquer, s'il tolère ou encourage les excès, qu'une expulsion provisoire de ses clients. Il fallait un procédé plus brutal. S'il y a des circonstances où l'on peut penser, avec Goethe, que mieux vaut une injustice qu'un désordre, c'est assurément en cas de guerre.

* * *

Les décisions concernant les débits de boissons n'ont pas été les seules atteintes que subit pendant la guerre le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. On pourrait songer aussi à étudier à ce sujet la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de réglementation du commerce de la boulangerie : arrêt *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine*, du 14 mai 1920¹; *Maréchal*, du 18 février 1921². On verrait que la réglementation très sévère

1. *Rec.*, p. 499.

2. *Rec.*, p. 207.

à laquelle furent soumis les boulangers est validée par le Conseil d'Etat sur la considération du « déficit de la production en céréales » et des « difficultés croissantes des transports ». Il ne serait pas non plus sans intérêt de rapprocher de ces arrêts les décisions des tribunaux judiciaires qui n'hésitent pas à proclamer l'illégalité des décrets réglementant la meunerie contrairement aux dispositions des lois sur la matière : Chambre criminelle de la Cour de Cassation, 3 novembre 1917¹ et 31 mai 1918² ; Cour de Limoges, 27 décembre 1917³, Tribunal de Lyon, 26 décembre 1917⁴. — Si nous ne procédons pas cependant à l'analyse détaillée de cette question, c'est qu'on ne pourrait arriver à des conclusions aussi certaines qu'au sujet des débits de boissons. Il y a, à cela, deux raisons. D'une part la limite des pouvoirs de police est toujours indéfinie lorsque ces pouvoirs ne se trouvent pas en présence d'un droit bien défini et précisé par la loi. D'autre part, les questions sur lesquelles les tribunaux judiciaires se sont prononcés n'étaient pas tout à fait les mêmes que celles qui furent résolues par le Conseil d'Etat.

1. S., 1917.I.145, note Roux.

2. *Gazette du Palais*, 29 juin 1918.

3. *Gazette des Tribunaux*, 12 janvier 1918.

4. *Gazette des Tribunaux*, 12 janvier 1918.

SECTION IV

LES ARRÊTS « LE CENTRE ÉLECTRIQUE », VION ET FILS

- I. L'arrêt *Société « le Centre électrique »* : atteinte au droit de propriété. —
II. Les arrêts *Vion et fils* et *Saupiquet* : la violation de l'article 103 du Code de commerce. Les décisions des tribunaux judiciaires sur la même question.

I

Il se trouve enfin dans la jurisprudence de guerre du Conseil d'Etat quelques arrêts, rendus sur des hypothèses très particulières, qu'on ne peut relier à aucune des séries de décisions qui ont été étudiées. Tel est l'arrêt *Société « Le Centre électrique »*, et tels sont aussi les arrêts *Vion et fils* et *Société anonyme des établissements Saupiquet*¹.

L'arrêt *Société « Le Centre électrique »*, du 9 juillet 1920², consacre une atteinte très remarquable au droit de propriété. Un décret du 31 octobre 1916 avait décidé que, pendant la durée de la guerre, lorsque l'arrêt d'une exploitation industrielle ou d'une entreprise de service public serait de nature à compromettre la défense nationale, il appartiendrait au gouvernement de prendre, en conseil des ministres, toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité de l'exploitation. La légalité de ce décret était contestée et, de fait, elle paraît extrêmement contestable. Le Conseil d'Etat déclare cependant qu'en attendant le vote d'une loi sur les réquisitions civiles, un décret pouvait édicter de telles mesures. La raison en est que « par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce que, à toute époque,

1. V. aussi l'arrêt *Cotte*, du 31 octobre 1924, *Rec.*, p. 839.

2. *Rec.*, p. 681.

les services publics institués par les lois et les règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ».

Cette intervention de la loi constitutionnelle dans les motifs de la décision rappelle l'arrêt *Heyriès*. On pourrait être tenté par conséquent d'estimer, ici encore, que l'on est en présence d'une application juridictionnelle de la constitution. Ce n'est pas assez dire que les critiques qui ont été opposées plus haut à cette conception conservent leur valeur dans le cas présent. Car il suffisait alors de soutenir que le Président de la République possède, en vertu de l'article 3 de la loi du 25 février 1875, qui lui donne mission d'assurer l'exécution des lois, un droit supérieur d'organisation des services publics. Mais il faudrait interpréter maintenant l'article 3 comme donnant au chef de l'Etat le pouvoir de sacrifier tous les droits individuels dès lors que l'intérêt des services publics, c'est-à-dire de l'Etat, est en jeu. Si cela était ainsi, on pourrait dire qu'il n'y a aucun droit, dans aucun cas, opposable à l'administration. On ne voit même pas pourquoi il était utile qu'intervînt une loi sur les réquisitions civiles. En chargeant le Président de la République d'exécuter les lois, n'a-t-on pas voulu dire qu'il pourrait les violer toutes, et violer même les droits « inviolables et sacrés » ? On arrive à des résultats absurdes.

En fait nous tenons ici la preuve que, si le Conseil d'Etat mentionne parfois la loi constitutionnelle dans les motifs de ses arrêts de guerre, il ne faut pas en conclure que sa décision doive être considérée comme une application juridictionnelle de la constitution. La loi du 25 février 1875 ne confère aucun droit au Président de la République pour violer les lois : elle le met, au contraire, à la tête de l'administration pour exécuter les lois. Mais l'administration a ses nécessités qui conduisent parfois le gouvernement à refuser d'exécuter les lois, à les violer même et à violer du même coup la constitution qui lui commande de les exécuter. En cessant d'apprécier la légalité des actes qui lui sont soumis,

le Conseil d'Etat se comporte exactement comme le chef de l'Etat, lorsque celui-ci fait prévaloir l'intérêt supérieur de l'action administrative sur les considérations juridiques ; autrement dit il se comporte comme un administrateur supérieur¹.

II

Dès la mobilisation, l'autorité militaire prenait en main la direction des chemins de fer pour les faire servir à la défense nationale. L'article 22 de la loi du 28 décembre 1888 avait prévu qu'« en temps de guerre le service des chemins de fer relève tout entier de l'autorité militaire », et l'article 23 ajoutait : « Le ministre de la Guerre dispose des chemins de fer dans toute l'étendue du territoire national non occupé par les armées d'occupation. Le commandant en chef de chaque groupe d'armées ou armée opérant isolément dispose des chemins de fer dans la partie du territoire assignée à ses opérations ». Tout le personnel et tout le matériel des compagnies se trouvaient, en vertu de ces textes, à la disposition du ministre de la Guerre ou du commandement militaire.

En principe, par conséquent, tous les transports commerciaux sont arrêtés par la guerre. Dans le cas où ils pouvaient être assurés sans inconvénients pour les opérations stratégiques et pour le ravitaillement, c'est au ministre ou au commandement militaire qu'il appartenait de décider la reprise totale ou partielle de l'exploitation (V. art. 1, 19 et 30 du règlement sur les transports stratégiques annexé au décret du 8 décembre 1913).

1. Comp. cette jurisprudence du Conseil d'Etat à l'égard des décrets de guerre avec celle de la Cour de Cassation qui n'hésite jamais à les déclarer illégaux lorsqu'ils le sont. V. note Chambre crim., 5 janvier 1917, D., 1917.I.43, 5^e espèce ; 3 novembre 1917 précité, S., 1917.I.145. — La comparaison des deux attitudes démontre avec évidence quelle est l'erreur de ceux qui justifient par la timidité des tribunaux judiciaires à l'égard de l'administration, le fait que le contrôle qu'ils exercent parfois sur la validité des actes administratifs est moins poussé que le contrôle du Conseil d'Etat sur les mêmes actes.

Vers la fin du mois d'août 1914, les commissions militaires des réseaux portèrent à la connaissance du public que le trafic commercial reprenait, mais « sans responsabilité ni garanties d'aucune sorte, en raison des conditions actuelles de l'exploitation des voies ferrées ». Cette disposition semble raisonnable mais elle se trouvait en contradiction avec l'article 103 du Code de commerce (« le voiturier est garant de la perte des objets à transporter hors les cas de force majeure. Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure ») complété par la loi du 17 mars 1905 (« Toute clause contraire insérée dans toute lettre de voiture, tarif ou autre pièce quelconque, est nulle »).

Or diverses marchandises expédiées par les sieurs Vion s'étaient trouvées rendues à destination fortement avariées. Des caisses de conserves expédiées par la société Saupiquet avaient eu une pire fortune encore, en ce qu'elles ne parvinrent jamais à leurs destinataires. Sur l'action en responsabilité intentée devant les tribunaux de commerce¹, les requérants durent greffer un recours en appréciation de validité devant le Conseil d'Etat, pour que le juge administratif décide si la clause de non-garantie était légale.

Se fondant sur « la différence profonde existant entre le régime normal des transports, auquel s'applique l'article 103, et le régime spécial des transports par chemins de fer en temps de guerre, pour lesquels il a été institué une législation spéciale, qui... donne à l'autorité militaire le droit d'établir des règles particulières exorbitantes du droit commun », le Conseil d'Etat admit la validité de la décision prise par les commissions de réseaux².

1. On sait que, malgré la réquisition dont les compagnies furent l'objet, les actions judiciaires nées à l'occasion des transports effectués pendant la guerre, n'en furent pas moins dirigées contre les compagnies et portées, en première instance, devant le tribunal de commerce. V. sur ce point les conclusions de M. Blondel au S., 1917.III.5.

2. 1^{er} août 1919, deux arrêts, *Vion et fils* et *Société anonyme des établissements Saupiquet*, S., 1920.III.65, conclusions Riboulet, note Hauriou.

L'argument peut se soutenir et il est excellemment développé dans les conclusions de M. Riboulet : l'idée que l'autorité militaire *dispose* des chemins de fer en cas de guerre impliquerait qu'elle a un pouvoir entièrement discrétionnaire en cette matière et que les obligations du Code de commerce ne la concernent pas. Cependant cette idée de « disposition » est peut-être un peu trop largement entendue, car le voiturier aussi « dispose » du camion dont il est le propriétaire, et peut ne pas le mettre en circulation : mais s'il conclut un contrat de transport, il est soumis aux règles de l'article 103. De plus, l'autorité militaire n'a pas entendu se substituer aux compagnies mais seulement utiliser leurs services, en tant que de besoin. La preuve en est que les juges consulaires furent compétents pour statuer sur les actions nées du contrat de transport. Il semble par conséquent qu'en reprenant l'exploitation commerciale, les compagnies ne devaient pas échapper aux règles ordinaires de la vie juridique.

Et ce n'est peut-être pas l'effet du hasard si les tribunaux judiciaires, qui s'étaient d'abord cru autorisés à apprécier la légalité de la décision de non responsabilité¹, adoptèrent la thèse qui paraît la mieux fondée en droit en déclarant nulle et non avenue la clause litigieuse².

1. Un jugement du Tribunal des conflits condamna cette prétention : 29 juillet 1916, *Chemins de fer du Nord et ministre de la Guerre c. Vion et fils*, S., 1917.III.1, conclusions Blondel, note Hauriou.

2. V. Cour d'Amiens, 8 et 22 mars 1916 ; Paris, 8 juillet 1916 ; Amiens, 12 juillet 1916 ; Agen, 25 juillet 1916, D., 1916.III.169.

Troisième Partie

**La valeur de l'élément hiérarchique
dans le contrôle du Conseil d'Etat**

La valeur de l'élément hiérarchique dans le contrôle du Conseil d'Etat

Si les deux premières parties de cet ouvrage ont fait une exacte description de la jurisprudence, et s'il est vrai qu'à l'analyse les décisions du Conseil d'Etat apparaissent quelquefois comme l'exercice d'une activité matériellement hiérarchique sous la forme juridictionnelle, il reste à déterminer la valeur de ce système. Au point de vue pratique, ne donne-t-il pas une sécurité insuffisante aux administrés en fondant leurs garanties sur des règles qui n'ont pas la fermeté et la rigidité des règles juridiques ? Ne risque-t-il pas aussi de sacrifier trop souvent à la raison d'Etat les droits mêmes que l'individu tient de la loi ? Au point de vue théorique, ne contredit-il pas l'évolution logique qui conduit à l'exacte spécialisation des fonctions dans les pays civilisés ? N'a-t-il pas le grave inconvénient, en établissant si peu que ce soit de pouvoir hiérarchique au-dessus des ministres, de séparer l'autorité de son indispensable condition, la responsabilité devant les élus de la nation ?

Dans un premier chapitre, on s'efforcera de prouver qu'aucun système de contrôle ne peut au contraire donner aux particuliers des garanties équivalentes, et en même temps ménager aussi bien l'intérêt de la collectivité que représente l'administration. Un deuxième chapitre montrera que, même du point de vue théorique, la solution proposée peut soutenir la critique, et qu'elle ne laisse pas de présenter des avantages à certains points de vue.

CHAPITRE PREMIER

*AVANTAGES PRATIQUES D'UN CONTROLE
DU CONSEIL D'ÉTAT
PARTIELLEMENT HIÉRARCHIQUE*

- I. Objections qui se présentent à l'esprit au sujet du système exposé : *a)* Le contrôle à l'intérieur du droit n'offrirait pas de sécurité, donc peu d'intérêt, *b)* La doctrine de l'illégalité excusée par le Conseil d'Etat risque de conduire aux pires abus. — II. Réfutation de chacun de ces deux points. — III. Avantages d'un contrôle partiellement hiérarchique : *a)* Le contrôle de l'administration est plus étroit. *b)* Il est plus souple. *c)* Il prépare souvent le progrès de la règle de droit. — IV. Nécessité que l'élément juridictionnel reste largement prépondérant dans l'activité du Conseil d'Etat.

I

A) C'est une idée très latine, et par conséquent très française — juste, aussi bien — qu'il n'y a de véritable sécurité que par le droit. S'appuyant sur ce principe on réclame pour les administrés des droits précis dont la sanction serait assurée par le contrôle d'un juge qui tiendrait, avec la superbe indifférence de celui qui exprime la loi, la balance égale entre l'administration et l'individu. Un contrôle qui n'est pas exactement juridictionnel peut procurer aux particuliers d'appréciables avantages pratiques, mais il faut s'en défier, car il ne donne jamais la satisfaction la plus précieuse que l'on attend d'un tribunal : la certitude que l'on aura justice. Il n'y a pas de bon tyran et aucune satisfaction n'est complète que l'on doit à l'arbitraire. Comme le dit *Jacqueslin*, la question n'est pas de savoir si le Conseil d'Etat est

plus libéral qu'un juge ordinaire, car pour apprécier une juridiction, il s'agit uniquement de chercher si elle donne une « interprétation fidèle de la loi »¹. Sinon, malgré ses avantages apparents, elle n'est qu'« un instrument de despotisme »².

Au lieu d'un contrôle du Conseil d'Etat à l'intérieur du droit, il vaudrait mieux que la règle de droit fût étendue par le législateur, jusqu'où s'étend le contrôle, et qu'un juge en fit alors la stricte application.

B) Et, bien entendu, admettre le Conseil d'Etat à sortir du droit, nous voulons dire à consacrer l'illégalité, expose à des critiques plus vives encore et, en apparence, plus sérieuses. Les circonstances exceptionnelles ne peuvent se définir ni, par conséquent, les violations de la légalité se limiter. Tous les abus du pouvoir se fondent toujours sur le danger de l'Etat. L'Etat, d'ailleurs, n'est-il pas toujours plus ou moins en danger ? La crise, a-t-on dit, est l'état permanent des institutions comme le déficit l'état normal du budget. Il y a, tout au moins, une bonne part de vérité dans cette boutade. Si donc on ne pose pas le respect de la légalité comme une nécessité absolue et inconditionnelle, on ouvre la porte à tous les abus. Il n'y a pas de milieu, dit le professeur Bonnard, entre la légalité stricte et sa suppression³. Quelqu'estime qu'on ait pour le Conseil d'Etat, on ne peut se reposer sur son équité et sur sa seule modération.

II

A) La première partie de cette argumentation est peu solide en ce qu'elle prend implicitement appui sur un postulat qui est faux. Pour qu'elle fût exacte, il faudrait que les règles légales pussent aller aussi loin que font les règles

1. *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, thèse, Paris, 1891, p. 408.

2. *Eod. loc.*, p. 401.

3. Note précitée au S., 1932.III.113.

posées par le Conseil d'Etat à l'intérieur du droit. On aurait alors le choix entre deux activités étendant aussi loin leur contrôle, mais dont l'une serait celle d'un juge tandis que l'autre ne serait pas entièrement juridictionnelle : la première procurerait alors évidemment aux administrés une sécurité plus grande. Mais en réalité ce n'est pas cette alternative qui se présente. En tant précisément qu'elle est une règle rigide, la loi ne peut serrer de trop près l'administration, crainte de l'étouffer dans ses liens. Nous avons insisté sur cette idée au début de l'ouvrage : l'action administrative a besoin de liberté pour être efficace, c'est-à-dire pour s'adapter aux circonstances. C'est au point où le contrôle de la légalité doit s'arrêter — au point, en tous cas, où il s'arrête en fait — que commence le contrôle de la moralité et de la bonne administration. Les administrés n'y perdent aucune garantie et y gagnent au contraire tout le bénéfice du contrôle interne, sans vouloir parler pour l'instant des conquêtes que permet à l'impératif juridique le contrôle hiérarchique de l'administration.

B) Quant à la deuxième objection, théoriquement très forte, sa doctrine est trop déductive et trop absolue. Elle se heurte à cette constatation de fait, irréfutable, que l'observation de la loi mettrait parfois l'Etat en grave danger. Si l'on dit que la légalité doit être préférée au salut public, et que l'Etat doit périr plutôt qu'un principe, on sait très bien que ce n'est là qu'une « théorie » et qu'en fait la raison d'Etat l'emportera toujours. Soutenir un tel point de vue est alors un pur jeu de l'esprit, assez vain et assez stérile.

De plus le danger qui pourrait résulter des abus de la raison d'Etat n'apparaît pas en pratique très menaçant pour les droits individuels. C'est un fait encore que le Conseil d'Etat n'a presque jamais approuvé aucun sacrifice excessif des droits individuels, et que, notamment pendant la guerre, les décisions illégales qu'il a refusé d'annuler étaient telles que toute personne raisonnable devait les approuver.

III

L'avantage d'un élément de contrôle hiérarchique mêlé à l'activité juridictionnelle du Conseil d'Etat tient à ce que cette combinaison assure un contrôle tout à la fois plus complet et plus souple que serait celui d'un juge ordinaire, et que la règle de droit elle-même tire parfois de ce système de remarquables progrès.

A) Un pur et simple contrôle de la légalité n'aurait, dans un grand nombre de cas, qu'un intérêt très réduit pour les administrés. L'administration — cela se justifie par l'importance des intérêts qu'elle gère — est très puissamment armée par la loi : les individus seraient souvent sacrifiés sans recours s'ils ne pouvaient mettre en jeu un contrôle interne de moralité. A raison de la nécessité d'une zone de pouvoir discrétionnaire assez large pour que l'administration puisse se mouvoir sans gêne, beaucoup d'actes abusifs devraient être déclarés irréprochables par le juge. Un exemple suffira : dans l'état actuel du droit, toutes les interventions des collectivités locales dans le domaine économique s'imposeraient comme légales à un tribunal ordinaire, sans que fût examinée l'opportunité de chacune d'elles. Or, quelque opinion que l'on professe à l'égard du socialisme municipal, on s'accordera à reconnaître qu'une grande prudence est désirable en cette matière.

Nous entendons bien qu'il y a, en général, sur les actes des diverses autorités administratives, un contrôle hiérarchique sérieux et, sur les décisions des organismes décentralisés, le contrôle de l'autorité de tutelle. Aussi bien, le rôle du Conseil d'Etat n'est nullement de se substituer aux chefs de l'administration active. Mais il faut voir que ceux-ci, luttant en une espèce de corps-à-corps avec les difficultés quotidiennes, n'ont guère la possibilité de « faire oraison » ni de formuler des principes. Ils sont aussi trop engagés dans l'action administrative pour statuer toujours impar-

tialement. La digue ne peut naître du torrent, disait le vicomte de Bonald.

Sans doute, il y a le contrôle parlementaire qui, mis en mouvement par une interpellation, peut éviter des abus. Mais son efficacité est à peu près nulle en matière proprement administrative. On ne s'imagine guère un ministre perdant sa majorité parce qu'il est convaincu d'une simple faute contre les règles de la bonne administration. Il n'est même pas besoin d'envisager l'hypothèse où la victime de l'administration serait un adversaire du parti au pouvoir.

B) En même temps, le contrôle du Conseil d'Etat est plus souple que celui d'un juge, et c'est la raison pour laquelle il est supporté si étroit.

En tant d'abord qu'il s'exerce à l'intérieur du droit, il a la souplesse des prescriptions hiérarchiques qu'il formule. Ce sont des règles auxquelles, sous le contrôle de l'autorité qui les a formulées, il peut toujours être dérogé dans un but utile ; ce ne sont jamais que des adaptations provisoires aux circonstances changeantes.

Ce contrôle est plus souple aussi en ce que, dans les circonstances exceptionnelles où le péril de l'Etat exige le sacrifice de la légalité, il cesse encore de s'inspirer de la loi pour se fonder sur les considérations majeures de haute opportunité. Cela est bien ainsi, comment le nier ? Valait-il mieux qu'un homme d'affaires douteux perdît la jouissance de sa propriété ou que la France risquât d'avoir à réprimer un soulèvement en Afrique du Nord ? Valait-il mieux que quelques prostituées perdissent certaines facilités pour l'exercice de leur métier ou que les mouvements des troupes nationales durant la guerre courussent le danger d'être dévoilés à l'ennemi ? — Au surplus, ces violations de la légalité sont rares. La plupart de celles que le Conseil d'Etat a admises se situent pendant la grande guerre, où il n'y avait pas que la légalité à être sacrifiée.

C) Et si la règle de droit perd parfois quelque chose de sa valeur absolue, elle gagne souvent une remarquable

extension à l'exercice par le Conseil d'Etat d'un contrôle qui ne se limite pas à elle. Dans un chapitre consacré au pouvoir discrétionnaire nous avons déjà signalé que le domaine de l'impératif juridique s'étendait souvent par la substitution d'une règle de droit à une prescription hiérarchique¹. La règle hiérarchique habitue l'administration à supporter une réglementation. La règle de droit qui eût paru intolérable si on avait essayé de l'imposer *de plano*, est quelquefois supportée parce qu'elle s'est constituée progressivement par une transformation insensible et inapparente de la règle interne, ou par l'intervention du législateur achevant l'évolution commencée. La matière de la responsabilité de la puissance publique fournit la meilleure illustration de ce point de vue. Si la responsabilité du patrimoine administratif est aujourd'hui proclamée en France dans tous les cas où l'on peut relever une faute de service, nous croyons avoir démontré² que la raison doit en être cherchée dans cette considération que le principe a pu s'établir progressivement, sans froisser la susceptibilité de l'Etat, par l'extension et la consolidation progressive d'une pratique d'équité.

IV

Cependant il ne faut pas perdre de vue que ces avantages sont ceux, non du contrôle hiérarchique pris en soi, mais de la combinaison d'une activité hiérarchique et d'une activité juridictionnelle, avec une large prépondérance de l'élément juridictionnel. Si le Conseil d'Etat n'était pas principalement un juge, et même s'il ne restait pas beaucoup plus un juge qu'une autorité administrative, les critiques dont on a contesté la portée seraient fondées, dans le même temps que les avantages invoqués ici cesseraient d'exister.

1. V. *supra*, p. 70.

2. V. *supra*, p. 72 et suiv.

Il faut, c'est une conquête de la civilisation, que l'administration soit soumise à un contrôle juridictionnel. Mais il faut aussi, car c'est une nécessité permanente de l'action étatique, que ce contrôle, si on le veut efficace pour les particuliers, soit plus complet qu'un simple contrôle juridictionnel tout en étant aussi impartial et, si on le veut respectueux des nécessités du salut public, qu'il soit plus souple. Ne voir dans le monde du droit que des individus qui exécutent la loi, de la même manière, sous le même contrôle, qu'ils soient gouvernants ou qu'ils soient administrés, c'est une doctrine trop simple.

CHAPITRE II

APPRÉCIATION THÉORIQUE DU SYSTÈME DÉCRIT

- I. Objection tirée de la spécialisation du juge. Critique. — II. Objection constitutionnelle : l'autorité hiérarchique ne peut exister qu'assortie de la responsabilité devant le Parlement. Réfutation. — III. Avantage du système décrit pour la justification théorique de la justice administrative. — IV. Avantage du système au point de vue du principe de la séparation des pouvoirs.

I

La première objection théorique que l'on rencontre est l'idée qu'il est impossible ou peu souhaitable qu'un organisme investi d'une fonction juridictionnelle possède si peu que ce soit de pouvoir hiérarchique. « Le tribunal administratif, dit M. Bonnard¹, devra être un organe qui étant investi de la fonction juridictionnelle sera rigoureusement spécialisé dans l'exercice de cette fonction. C'est ainsi qu'il ne pourra pas cumuler avec la fonction juridictionnelle des attributions ressortissant proprement de la fonction administrative. Sa spécialisation s'oppose à ce qu'il possède une compétence pour faire des actes administratifs à côté de sa compétence pour faire des actes juridictionnels. Et même dans l'activité qu'il exerce en la forme juridictionnelle, il devra se limiter à ce qui est opération juridictionnelle au point de vue matériel. Notamment il ne devra pas avoir

1. *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 112, V. aussi p. 119.

à statuer en la forme juridictionnelle sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration car cela dépasse le domaine de la fonction juridictionnelle ».

L'argument repose sur cette idée implicite qu'une institution est parfaite par l'unité de son principe et par l'exacte spécialisation de son activité. Mais cette idée n'est pas évidente par elle-même. Ce que l'on pourrait appeler la pureté d'une institution n'est pas une vertu en soi. Il faudrait démontrer qu'elle est la condition des autres vertus : mais justement, dans le cas particulier qui nous occupe, c'est à la combinaison de deux activités différentes que l'on a cru pouvoir attribuer le mérite du contrôle de l'administration en la forme juridictionnelle. On ne s'arrêtera donc pas à cette objection.

II

Un inconvénient plus sérieux du système, c'est qu'il contredit une certaine conception d'ensemble du droit public français. Le pouvoir ayant sa source dans la volonté nationale, ne peut, dira-t-on, appartenir qu'aux élus du suffrage universel, ou du moins aux hommes que ces élus investissent de leur confiance. Un juge, exprimant la loi, ne fait qu'assurer le respect de la volonté nationale. Mais si le Conseil d'Etat détenait ne fût-ce qu'une parcelle de pouvoir hiérarchique, il constituerait dans l'Etat un pouvoir aristocratique qui blesserait la souveraineté du peuple.

L'objection, remarquons-le d'abord, ne pourrait guère avoir de portée que si le Conseil d'Etat tentait de se substituer aux ministres. Il est bien évident que ce n'est pas le cas. Non seulement son contrôle reste principalement juridictionnel, mais encore il n'a jamais porté ombrage, en fait, au pouvoir politique, parce qu'il ne s'est jamais placé que sur le terrain de la bonne administration.

De plus, les principes démocratiques de notre constitution ne sont pas si exigeants que cela. Ils supportent que le

pouvoir exécutif appartienne à un Président de la République non responsable, hormis dans le cas exceptionnel de haute trahison, élu il est vrai, mais par un collège électoral où entrent, à côté des représentants du suffrage universel, les sénateurs. L'obligation du contreseing ministériel n'empêche pas que le chef de l'Etat soit juridiquement co-auteur des actes du pouvoir exécutif. Et puisque nous avons dû mentionner les sénateurs, il est bon de rappeler que si les principes démocratiques avaient une entière rigueur l'institution du Sénat n'existerait pas.

Les membres du Conseil d'Etat ne sont pas inamovibles. Le gouvernement est donc armé pour se défendre contre les empiètements de ce corps, s'il s'en produisait. Les conseillers d'Etat jouissent, dit-on, d'une inamovibilité de fait. Cela prouve que leur contrôle n'a jamais paru abusif aux hommes politiques au pouvoir. Si quelque conflit surgissait un jour, le gouvernement pourrait toujours user de la menace des révocations comme le cabinet anglais intimide la Chambre des Lords par l'éventualité d'une « fournée de pairs ». En définitive, c'est toujours le suffrage universel par ses élus et l'opinion publique par ses réactions qui trancheront le débat.

— Mais, il faut le redire, toutes ces considérations sont bien superflues et presque déplacées, en ce que l'activité hiérarchique du Conseil d'Etat est peu de chose, perdue et mêlée dans son activité juridictionnelle, et que, dans tous les cas, à l'intérieur du pouvoir discrétionnaire de l'administration la haute assemblée ne se préoccupe que de formuler des règles techniques de bonne administration qui ne contrediront jamais aucune des politiques que le pays veut s'imposer, mais qui, au contraire, les serviront toutes également.

III

Si l'on examine maintenant les avantages théoriques du

système proposé, il apparaît d'abord qu'il fortifie la défense de la juridiction administrative.

La fonction de juger est une dans son essence et il est choquant, au point de vue rationnel, qu'il y ait deux organisations différentes pour l'exercer. La répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions pose inutilement des problèmes souvent très délicats, elle oblige à utiliser le mécanisme compliqué du conflit. On est donc conduit à exiger des défenseurs de la juridiction administrative des raisons très fortes.

Le principal argument en faveur de la justice administrative est tiré de la nécessité de juges spécialisés dans l'étude du droit administratif. La science juridique, dit-on, est trop vaste pour que des esprits puissent la posséder dans toute son étendue et sa complexité.

La raison est sérieuse. Il n'est pas suffisant d'invoquer Bentham et de dire que, lorsque le livre de la loi est ouvert sous les yeux du juge, il n'est pas plus difficile pour lui de lire une page qu'une autre. Ce serait faire trop de cas d'une simple métaphore. Mais il se pourrait bien qu'il y ait aussi une certaine exagération à soutenir que les magistrats doivent tenir en leur mémoire une connaissance approfondie de toutes les branches du droit qu'ils appliquent. On ne peut songer à contester la science et la distinction d'esprit qui appartiennent ordinairement aux membres de la Cour de Cassation. Mais pense-t-on qu'ils connaissent à fond toutes les parties de la science juridique qui correspondent aux limites de leur compétence : c'est-à-dire le droit civil, dont l'étude seule pourrait remplir une vie laborieuse, la procédure civile, le droit pénal, le droit commercial, la législation industrielle, le droit fiscal pour tout ce qui concerne les contributions indirectes et les douanes, enfin, en partie, le droit administratif lui-même puisqu'il ne faut pas oublier qu'ils sont souvent saisis de questions relevant de cette discipline ? Evidemment non, et ce n'est pas indispensable, car faute de connaissances précises, ils ont la culture juri-

clique nécessaire. La culture, définissait un jour un de nos hommes d'Etat, c'est ce qui reste lorsqu'on a tout oublié. Ce n'est pas assez dire : c'est aussi la facilité de résoudre rapidement une question dont on n'avait encore rien appris. Le droit administratif pose d'autres problèmes, sans doute, que le droit civil, mais qui ne se résolvent pas d'une autre manière¹. Il serait étonnant qu'un bon juriste, même spécialisé dans le droit privé, ne puisse, avec un peu d'application et la documentation nécessaire, donner la solution correcte d'un problème de droit administratif. Il arrive, d'ailleurs, que des magistrats de l'ordre judiciaire soient nommés conseillers d'Etat.

En vérité la justification théorique de la juridiction administrative reste faible. Même si l'on accepte l'argument tiré de la nécessaire spécialisation des juges (et, certes, il n'est pas sans toute valeur), il y a une disproportion saisissante entre les avantages pratiques incontestés de l'institution et sa justification théorique. Il y aurait une histoire fort intéressante à écrire, c'est celle de la justice administrative et de ses ennemis². On verrait que cette juridiction s'est maintenue, nullement par le triomphe de ses partisans dans les disputes doctrinales, mais par les résultats pratiques de son fonctionnement. Petit à petit la querelle s'est éteinte parce qu'on a senti qu'elle ne pouvait plus avoir qu'un intérêt d'école. Mais, en somme, le philosophe grec qui se promenait pour démontrer le mouvement faisait aux sceptiques une réponse très insuffisante et il s'avouait par là même incapable de mettre la raison en accord avec les faits. Ce n'est

1. « Les lois administratives, dit Vivien, sont entièrement distinctes des lois civiles ; elles exigent des études particulières et sont fondées sur des principes généraux d'un autre ordre ». (*Etudes administratives*, 2^e éd. tome I, p. 141). Cela est juste, dans une certaine mesure, mais il serait au moins aussi exact d'opposer de la même façon le droit pénal au droit civil. La vérité est que les caractéristiques propres à chacune des disciplines juridiques n'empêchent pas l'unité fondamentale de la science du droit.

2. V. la thèse de M. Raïssac (Paris 1937) qui limite malheureusement son sujet de 1789 à la deuxième république.

pas assez, non plus, de constater le succès d'une institution ; il faut en fournir la raison. Entre deux activités strictement juridictionnelles, s'exerçant à partir d'un état de droit donné dans une société donnée, on ne saurait concevoir de différences bien notables. Il semble, au contraire, qu'on puisse rendre compte de la supériorité pratique de la justice administrative par l'idée qu'elle contient un élément de pouvoir hiérarchique dont les effets sont ceux que nous avons décrits au chapitre précédent.

IV

Enfin il reste le principe de la séparation des pouvoirs dont on a peine à comprendre le sens si on ne voit dans le Conseil d'Etat qu'un juge comme un autre. En quoi le vœu du législateur révolutionnaire, qui ne voulait pas que les corps judiciaires connussent des affaires administratives, serait-il rempli si le Conseil d'Etat n'avait avec les tribunaux ordinaires que des différences superficielles ?

« Aussi haut, écrit Laferrière¹, que l'on remonte dans notre histoire, depuis que des juridictions régulières ont été instituées, on ne trouve pas d'époque où les corps judiciaires chargés d'appliquer les lois civiles et criminelles aient été en même temps appelés à statuer sur les difficultés en matière d'administration publique ». Mais, à cela, il y avait une raison sous l'ancien régime : on ne concevait pas que l'administration royale pût être limitée par une loi qu'elle avait intérêt à ne pas observer. Soumis à la loi comme à des règles fixes, il était naturel que les tribunaux ordinaires ne pussent pas statuer sur les questions administratives. Et lorsqu'un juge administratif tendait à trop ressembler à un juge civil, le pouvoir royal s'efforçait toujours de diminuer sa compétence au profit de l'intendant. Que signifierait aujourd'hui ce principe de la séparation

1. *Juridiction administrative*, t. I, p. 139.

des pouvoirs, inscrit dans nos lois, s'il voulait dire seulement que le tribunal administratif sera distinct des corps judiciaires, et portera un nom différent, mais exercera une fonction entièrement identique à la leur ? L'administration est satisfaite à bien peu de frais si elle tolère le contrôle d'un corps judiciaire dès l'instant qu'il ne siège en l'île et que ses membres ne portent la simarre.

Il se pourrait que le principe de la séparation des pouvoirs eût une autre portée. Il signifierait alors que les juges administratifs doivent encore posséder le caractère d'administrateurs et pouvoir abandonner parfois les considérations juridiques pour la défense des intérêts primordiaux de la nation. Peut-être formulerait-il un certain « gallicanisme » de l'administration qui veut bien être soumise au droit mais avec la réserve de quelques-unes de ses libertés.

Vu : le Doyen,
Edgard ALLIX.

Vu : le Président de la Thèse,
Achille MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE ET SPÉCIALE

OUVRAGES

- ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926.
- *L'imprévision dans les concessions de services publics. L'évolution des faits et l'adaptation de la théorie depuis 1916*, Paris, 1924.
- APPLETON. — *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, 1927. Supplément, 1936.
- ARTUR. — *Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions*, Paris, 1903.
- AUCOC. — *Conférence sur l'administration et le droit administratif*, 3^e édit., Paris, 1882-1885, 3 vol.
- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire du droit administratif*, Paris, 12^e édit., 1933.
- BONNARD. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1934.
- *La conception matérielle de la fonction juridictionnelle (Mélanges Carré de Malberg, Paris, 1933)*.
- CARRÉ DE MALBERG. — *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1920-1922, 2 vol.
- *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, 1933.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e édit., avec le concours de J. de la Morandière, Paris, 1934-1936.
- CORMENIN. — *Questions de droit administratif*, 4^e édit., Paris, 1837, 3 vol.
- DUCROCQ. — *Cours de droit administratif*, 7^e édit., Paris, 1897.
- DUEZ. — *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, 1927.
- DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*, 3^e édit., Paris, 1927-1928, 5 vol.
- FÉLIX. — *L'activité économique de la commune (Les cahiers administratifs, n° 6 et 7)*, Paris, 1932, 2 vol.
- GARNER. — *La conception anglo-américaine du droit administratif (Mélanges Hauriou, Paris, 1929)*.

- GÉNY. — *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, 2 vol.
- GIROLAMI, GOLDENBERG et MAURICE-HERSANT. — *Les pouvoirs du Maire*, Paris, 1935.
- HAURIOU (André). — *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification (Mélanges Carré de Malberg)*, Paris, 1933).
- HAURIOU (Maurice). — *Précis de droit constitutionnel*, 2^e édit., Paris, 1929.
— *Précis de droit administratif*, 12^e édit., Paris, 1933.
— *Les éléments du contentieux (Recueils de l'Académie de législation de Toulouse)*, Toulouse, 1905).
- JACQUELIN. — *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, 1899.
- JAPIOT. — *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, Paris, 1935.
- JELLINEK. — *L'Etat moderne et son droit. Traduction française par Fardis*, Paris, 1911-1913, 2 vol.
- JERUSALEM. — *Die Staatsgerichtsbarkeit*, Tubigen, 1930.
- JÈZE. — *Principes généraux du droit administratif*, 3^e édit., Paris, 1926-1936, 5 vol.
- KELSEN. — *Allgemeine Staatslehre*, Wien und Berlin, 1925.
- LABAND. — *Droit public de l'Empire allemand*, Paris, 1900-1904, 6 vol.
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative*, 2^e édit., Paris, 1896, 2 vol.
- MARCO. — *La responsabilité de la puissance publique*, Paris et Bruxelles, 1911.
- MASPÉTIOL et LAROQUE. — *La tutelle administrative*, Paris, 1930.
- MAYER. — *Le droit administratif allemand*, édit. franç., Paris, 1903-1906, 4 vol.
- MERKL. — *Die Lehre von Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Wien, 1923.
— *Allgemeine Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin, 1927.
- MEYER. — *Lehrbuch der deutschen Staatsrecht*, München und Leipzig, 1919.
- MICHOUD. — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3^e édit. par M. Troabas, Paris, 1932, 2 vol.
- MONSARRAT. — *Voies urbaines publiques et privées et urbanisme*, Paris, 1935.
- MONTESQUIEU. — *Esprit des lois*.
- MOSSÉ. — *Les régies municipales et la jurisprudence*, Paris, 1930.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édit., par G. Ripert, Paris, 1925-1927, 3 vol.
- ROCCO. — *La sentenza civile*, Torino, 1906.
- ROLLAND. — *Précis de droit administratif*, 6^e édit., Paris, 1937.
- TEISSIER. — *La responsabilité de la puissance publique* (tirage à part extrait de *Béquet, Répertoire de droit administratif*).
- TISSIER. — *Traité théorique et pratique des dons et legs aux établissements publics et d'utilité publique* (tirage à part extrait de *Béquet, Répertoire de droit administratif*).

- VELGE. — *L'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique*, Louvain, 1930.
- VIVIEN. — *Etudes administratives*, 2^e édit., Paris, 1852, 2 vol.
- WALINE. — *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1936.
- WODON. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles et Paris, 1920.

THESES

- AUDÉMA. — *Les régies municipales en France*, Montpellier, 1924.
- BÈQUE. — *Théorie générale de la spécialité des personnes morales*, Grenoble, 1908.
- BEURDELEY. — *Le détournement de pouvoirs dans l'intérêt financier ou patrimonial de l'administration*, Paris, 1928.
- BLONDEL. — *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix, 1927.
- BOIRON. — *Les régimes et les sanctions de la prostitution dans l'histoire devant le droit, devant l'opinion*, Nancy, 1926.
- CHEVALLIER. — *L'instruction de service et le recours pour excès de pouvoir*, Nancy, 1924.
- CLERC. — *Le responsabilité de l'Etat dans la circulation des automobiles militaires*, Paris, 1932.
- COUZINET. — *Etude sur la responsabilité des groupements administratifs. Questions de compétence*, Toulouse, 1911.
- DEBELMAS. — *Les pratiques administratives comme sources de droit*, Toulouse, 1932.
- DEBEYRE. — *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique. L'influence d'une juridiction administrative sur son développement*, Lille, 1936.
- DOLLEANS. — *La police des mœurs*, Paris, 1903.
- DUQUESNEL. — *Des contrariétés de décisions susceptibles de résulter de la coexistence de deux ordres de juridictions*, Paris, 1912.
- FEUGEY. — *Le développement jurisprudentiel de la théorie du risque en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique (en dehors de la matière des travaux publics)*, Lille, 1927.
- GIULIANI. — *Le risque administratif devant la jurisprudence et la législation*, Lyon, 1933.
- GOLDENBERG. — *Le Conseil d'Etat juge du fait*, Paris, 1932.
- GRELAT. — *Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*, Nancy, 1908.
- GROS (André). — *Survivance de la raison d'Etat*, Paris, 1932.
- GROS (Marcel). — *Les conséquences juridiques de la guerre, sur les services publics concédés du gaz et de l'électricité*, Lyon, 1922.
- GUILLIEN. — *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Bordeaux, 1931.
- HUGOT-DERVILLE. — *Le principe hiérarchique dans l'administration française*, Paris, 1913.

- IDOUX. — *La jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation quant aux points qui leur sont communs*, Paris, 1908.
- JACQUELIN. — *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel*, Paris, 1891.
- JACQUEMARD. — *La théorie de l'imprévision et la gestion des services publics concédés*, Alger, 1928.
- JOSEPH-BARTHÉLEMY. — *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, Paris, 1899.
- LAFFONT. — *Les régies municipales en France*, Bordeaux, 1930.
- LAPEYRE. — *De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'électricité*, Paris, 1923.
- LOUVEAU. — *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*, Rennes, 1920.
- LUCHET. — *L'arrêt Blanco. La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, Nancy, 1935.
- LUREAU. — *De l'interprétation des règlements administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judiciaires*, Bordeaux, 1920.
- MANDRETTE. — *Les instructions des supérieurs hiérarchiques en droit administratif*, Paris, 1908.
- MIMIN. — *Le socialisme municipal (Etude de droit administratif sur la jurisprudence du Conseil d'Etat)*, Paris, 1911.
- RAÏSSAC. — *Les controverses relatives à la juridiction administrative de 1789 à la Deuxième République*, Paris, 1937.
- REVEL. — *L'extension de la compétence des communes en matière économique*, Lille, 1928.
- RIPERT (Henri). — *Le principe de la spécialité chez les personnes morales du droit administratif. Son application en matière de dons et legs*, Paris, 1906.
- RIVERO. — *Les mesures d'ordre intérieur administratives*, Paris, 1934.
- ROUAST. — *Du fondement de la responsabilité des dommages causés aux personnes par les travaux publics*, Lyon, 1910.
- SAINT-MARC. — *De l'imprévision dans les contrats administratifs*, Paris, 1918.
- SEGUR. — *Des permissions de voirie*, Bordeaux, 1912.
- SOURDOIS. — *De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat agissant dans l'exercice de la puissance publique*, Bordeaux, 1908.
- TETREAU. — *Les entreprises économiques des communes. Etude sur les régies municipales*, Paris, 1935.
- TIRARD. — *De la responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906.
- TROTABAS. — *De l'utilisation du domaine public par des particuliers*, Paris, 1924.
- WELTER. — *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929.

ARTICLES

- BONNARD. — *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolf Merkl (Revue du droit public, 1928)*.

- *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir* (Revue de droit public, 1923).
- BORCHARD. — *Governmental responsibility on tort* (Yale Law Journal, 1926, t. XXXVI).
- DELBEZ. — *La révocation des actes administratifs* (Revue de droit public, 1928).
- JOSEPH-BARTHÉLEMY. — *De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'application* (Revue de droit public, 1907).
- *Le droit public en temps de guerre* (Revue de droit public, 1915).
- MAURY. — *Observations sur les idées du Professeur H. Kelsen* (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1929).
- MAZEAUD. — *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits* (Revue trimestrielle de droit civil, 1929).
- MESTRE. — *La révocation des permissions de voirie* (Revue des concessions, 1923, n° 1).
- MICHOUD. — *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents* (Revue de droit public, 1895).
- *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration* (Annales de l'Université de Grenoble, 1913 ; Revue générale d'administration).
- PLANIOL. — *Etudes sur la responsabilité civile* (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1905).
- REGLADE. — *Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir* (Revue de droit public, 1923).
- ROLLAND. — *Les deux grèves des postes et le droit public* (Revue de droit public, 1909).
- *Le projet du 17 janvier et la question des « décrets-lois »* (Revue de droit public, 1924).
- VIZIOZ. — *Observations sur la procédure civile* (Revue générale du droit, 1929).
- WALINE. — *Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle* (Revue de droit public, 1928).
- *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel* (Revue de droit public, 1930).

PRINCIPAUX RECUEILS DE JURISPRUDENCE¹

- Recueil des arrêts du Conseil d'Etat* (cité Rec., l'année de l'arrêt étant celle du tome).
- Recueil général des lois et arrêts fondé par J.B. Sirey* (cité S.).
- Recueil périodique et critique Dalloz* (cité D.).
- Recueil hebdomadaire Dalloz* (cité D.H.).

1. On ne peut mentionner ici toutes les notes d'arrêts et les conclusions des commissaires du gouvernement au Conseil d'Etat qui ont été utilisées, bien qu'elles possèdent souvent une importance doctrinale ou documentaire de premier ordre. Nous les avons citées en référence au cours de l'ouvrage à mesure que nous les rencontrions.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
--------------------	---

PROLÉGOMÈNES

LA DISTINCTION DE L'ACTE ADMINISTRATIF ET DE L'ACTE JURIDICTIONNEL AU POINT DE VUE MATÉRIEL	15
Exposé des principales théories :	
I. Théories qui nient l'existence d'une différence matérielle entre la fonction administrative et la fonction juridictionnelle	16
A) Théorie de M. Carré de Malberg	16
B) Théorie de l'école normativiste	18
II. Théories trouvant dans l'élément de contestation le critérium matériel de l'acte juridictionnel : plus spécialement exposé de la théorie de M. Bonnard	23
III. Théories faisant du but poursuivi par l'agent le critérium de la distinction	27
IV. Théorie de M. Jèze	28
V. Théorie de Duguit	31
VI. Théorie de M. Guilloin et du Professeur Jétusalem	32
Solution proposée	34
ORIGINE HIÉRARCHIQUE DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF ET INSTITUTION DE LA JUSTICE DÉLÉGUÉE	
I. La conception traditionnelle de la justice administrative et le principe de la séparation des pouvoirs	44
II. L'institution de la justice déléguée a-t-elle eu nécessairement pour conséquence de modifier complètement le système traditionnel ? ..	47
III. Les travaux préparatoires de la loi du 24 mai 1872 et de la loi du 3 mars 1849	49
IV. Conclusion : possibilité d'un élément de contrôle hiérarchique dans la justice administrative actuelle nonobstant l'institution de la justice déléguée	53

PREMIÈRE PARTIE

LE CONSEIL D'ÉTAT A L'INTÉRIEUR DU DROIT

CHAPITRE PREMIER. — LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET SON AMÉNAGEMENT	57
I. Le pouvoir discrétionnaire nécessité de l'action et caractéristique de la fonction administrative	57

II. Le droit pour l'administration de choisir son heure : les abstentions de l'administration sont-elles discrétionnaires et dans quelle mesure ?	58
III. Règles par lesquelles on peut formuler les limites du pouvoir discrétionnaire	64
IV. L'aménagement du pouvoir discrétionnaire par la réglementation interne	68
V. La transformation possible des règles internes en règles de droit ...	70
CHAPITRE II. — ORIGINE HIÉRARCHIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET SUBSISTANCE D'UN ÉLÉMENT D'INDEMNISATION GRACIEUSE	
I. L'irresponsabilité primitive de la puissance publique et la tentative d'application du Code civil pour y porter remède	73
II. Le fondement gracieux de la responsabilité de l'Etat : l'arrêt <i>Blanco</i>	75
III. Subsistance d'un élément d'indemnisation gracieuse dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : les cas de responsabilité pour risque	79
IV. Contre-épreuve : a) le droit administratif anglo-saxon	91
b) le droit administratif belge	94
V. Conclusion : la raison de l'avance considérable que la France a pris sur les autres pays en matière de responsabilité de la puissance publique	97
CHAPITRE III. — ORIGINE HIÉRARCHIQUE DU RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR	
I. Les textes et les principes qui sont à l'origine du recours pour excès de pouvoir	99
II. La naissance du détournement de pouvoir	101
III. Le fondement hiérarchique du recours pour excès de pouvoir révélé par l'effet absolu de l'annulation à laquelle il aboutit	102
CHAPITRE IV. — LE CONTRÔLE DE LA MORALITÉ ADMINISTRATIVE	
Observations préliminaires :	
I. Qu'est-ce que la moralité administrative ?	106
II. Le Conseil d'Etat peut-il contrôler la moralité administrative ? ..	108
III. Ce contrôle est-il particulier à la matière de l'excès de pouvoir ? ..	109
IV. Limites de notre étude	110
Section I. — <i>L'intervention des communes et des départements en matière économique</i>	
Avantages et dangers du socialisme municipal	
A) Les limites posées à l'activité économique des communes avant 1926	
I. Les données du problème :	113
a) le principe de la spécialité des personnes morales administratives	115
b) le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (loi des 2-17 mars 1791)	116
c) la loi du 5 avril 1884	117

II. La solution qui s'impose en droit	117
III. Les solutions du Conseil d'Etat	117
IV. Conclusion : nature du contrôle exercé par le Conseil d'Etat	119
B) La réforme de 1926 et la jurisprudence récente	120
I. L'opinion publique et les milieux politiques favorables dans l'après-guerre à l'intervention municipale	120
II. Les décrets du 5 novembre et du 28 décembre 1926	122
III. La jurisprudence nouvelle du Conseil d'Etat et l'interprétation des décrets	124
IV. Conclusion : le caractère de cette jurisprudence	129
<i>Section II. — Le retrait des actes administratifs irréguliers</i>	131
I. Les solutions juridiques possibles	131
II. Les solutions de la jurisprudence : les arrêts <i>Figliera, Fraissé, Cachet</i> , etc... ..	132
III. Les deux éléments de la jurisprudence : constatation d'une règle de droit et prescription hiérarchique	139
<i>Section III. — La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs</i> ..	141
I. Le droit commun des contrats et l'aspect particulier du problème de l'imprévision dans le droit public	141
II. La formule de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Obscurité sur le fondement juridique exact de cette doctrine	143
III. Première doctrine possible : l'idée de situation extracontractuelle serait dominante	145
Solutions conformes à cette doctrine	147
Solutions qui la contredisent	148
IV. Deuxième doctrine possible : l'indemnité pour imprévision est accordée pour la nécessité d'éviter une interruption du service public ; elle est calculée d'après l'idée de situation extracontractuelle	151
Objections	153
V. Conclusion : la jurisprudence de l'imprévision ne découle d'aucun principe juridique ; elle s'inspire de considérations diverses de bonne administration	155
<i>Section IV. — La révocation des permissions de voirie</i>	157
I. Les occupations privatives du domaine public : concessions, permissions de voirie	157
II. Le droit pour l'administration de révoquer les permissions de voirie ..	159
La doctrine	159
Les textes	160
Les solutions qui en découlent	161
III. La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat	163
a) En ce qui concerne les révocations motivées par l'intérêt fiscal : prohibition. Raison pour laquelle le Conseil d'Etat traite différemment le refus de la révocation lorsque l'intérêt financier les inspire	163
b) En ce qui concerne les révocations motivées par l'intérêt économique général de la circonscription administrative	166
IV. La jurisprudence nouvelle	171

V. Conclusion	175
<i>Section V. — L'utilisation des pouvoirs de police pour obtenir l'exécution des contrats administratifs</i>	176
I. Les données juridiques du problème	176
II. La solution du Conseil d'Etat et son caractère de prohibition hiérarchique	178
III. La contre-épreuve fournie par la jurisprudence de la Cour de Cassation	179
<i>Section VI. — La violation de l'instruction de service comme ouverture du recours pour excès de pouvoir</i>	183
I. Les règlements d'ordre intérieur administratif et la sanction normale de leur violation	183
II. L'opinion de Laferrière et la jurisprudence ancienne	184
III. Le revirement de la jurisprudence avec les arrêts <i>Morand-Monteil, Rageot</i> , etc... .. Mais le maintien des solutions traditionnelles dans un grand nombre de cas : les arrêts <i>Fabre, Cochet d'Hattecourt, Jérémie</i> , etc.	187
IV. Incertitudes de la jurisprudence sur la question connexe du respect des règles que s'est imposées à lui-même l'auteur de l'acte	191
V. L'explication de M. Alibert ; critique	192
VI. La théorie du Doyen Hauriou et de M. Chevallier ; exactitude seulement relative	194
VII. Conclusion : les deux sources de la jurisprudence : considération du droit, sanction de la moralité	195

DEUXIÈME PARTIE

LE CONSEIL D'ÉTAT EN DEHORS DU DROIT

CHAPITRE PREMIER. — ILLÉGALITÉS ADMINISTRATIVES EXCUSÉES A RAISON DU PÉRIL INTÉRIEUR DE L'ÉTAT (MENACE DE DÉSORGANISATION OU D'INTERRUPTION DES SERVICES PUBLICS, DANGERS DE TROUBLES OU D'ÉMEUTES etc.)	
<i>Section I. — Les arrêts Winkell et Rosier, Tichit, Minaire</i>	200
I. La grève des postes de 1909 : exposé des faits. Répression gouvernementale : arrêt du Conseil d'Etat	200
II. L'argument invoqué par M. Tardieu ; l'idée de rupture du contrat de fonction publique par le fait de la grève. Critique	203
III. La théorie du contrôle de la constitutionnalité des lois (Hauriou) Critique	207
IV. Conclusion que l'illégalité était certaine mais justifiée par le danger que faisait courir la grève. Rôle du Conseil d'Etat	209
<i>Section II. — L'arrêt Syndicat national des chemins de fer</i>	210
I. Exposé des faits	210
II. La législation concernant l'utilisation des chemins de fer pour la défense nationale	211

III. Discussion de la valeur juridique de l'arrêté convoquant les agents du réseau à une période d'instruction. Le grief de détournement de pouvoir. La réponse tirée de l'intérêt que présente le fonctionnement des chemins de fer pour la défense nationale ...	212
IV. Critique de l'argumentation qui nie le détournement de pouvoir.	
Conclusion	213
<i>Section III. — Les arrêts Couitéas</i>	216
I. Les circonstances de l'affaire Couitéas. Conflit de l'intérêt public avec le droit que le sieur Couitéas tenait d'un jugement	216
II. Le refus du gouvernement de prêter main-forte à l'exécution de ce jugement, décision illégale et cependant approuvée par le Conseil d'Etat. Le fondement de cette jurisprudence	217
<i>Section IV. — L'arrêt Ville de Versailles</i>	219
I. Exposé des faits. Position de la question	219
II. La solution proposée par M. Ettori et admise par le Conseil d'Etat. L'illégalité admise pour laisser à l'action administrative toute son efficacité	220
CHAPITRE II. — ILLÉGALITÉS ADMINISTRATIVES EXCUSÉES A RAISON DU DANGER EXTÉRIEUR DE L'ÉTAT	222
<i>Section I. — Atteintes au statut légal des fonctionnaires</i>	222
I. Les modifications apportées par décret, au début de la guerre, au statut légal des fonctionnaires. Question de la légalité des décrets qui ne furent pas ratifiés	222
II. Les arrêts Verrier, Taponnot, Heyriès etc.	224
III. L'explication invoquée par Hauriou : contrôle de la constitutionnalité de l'article 65 de la loi de 1905. Critique	226
IV. Conclusion	229
<i>Section II. — Les restrictions illégales aux libertés individuelles</i>	230
I. Les pouvoirs de l'autorité de police pendant la guerre ; leur insuffisance. Les décisions illégales de l'administration déferées au Conseil d'Etat	230
II. Analyse particulière de l'arrêt <i>Dames Dol et Laurent</i> ; exposé des faits et solution que le problème aurait dû recevoir sur la base du droit	231
III. La décision du Conseil d'Etat ; sa nature d'acte administratif	234
<i>Section III. — La fermeture des débits de boissons par mesure administrative</i>	236
I. La législation sur les débits de boissons ; les arrêts <i>Delmotte, Senmartin</i> etc.	236
II. Les deux questions posées par la fermeture des débits	237
A) Peut-on considérer le rassemblement des consommateurs dans un café comme une « réunion » ? Exposé de l'argumentation de M. Corneille	238
B) Si oui, s'ensuit-il que le débit peut être fermé ?	238
III. Les solutions à ces deux questions	239
A) L'argumentation soutenue par M. Corneille sur le premier point est critiquable	239
B) Fût-elle exacte, la fermeture du débit de boissons constituerait une mesure d'exécution illégale	240

IV. L'attitude des tribunaux judiciaires sur le même problème	241
V. Conclusion	243
VI. Appendice : Les décisions du Conseil d'Etat concernant la réglementation de la boulangerie	243
<i>Section IV. — Les arrêts « Le Centre électrique », Vion et fils</i>	245
I. L'arrêt <i>Société « Le Centre électrique »</i> : atteinte au droit de propriété	245
II. Les arrêts <i>Vion et fils</i> et <i>Saupiquet</i> : la violation de l'article 103 du Code de commerce. Les décisions des tribunaux judiciaires sur la même question	247

TROISIÈME PARTIE

LA VALEUR DE L'ÉLÉMENT HIÉRARCHIQUE
DANS LE CONTROLE DU CONSEIL D'ÉTAT

CHAPITRE PREMIER. — AVANTAGES PRATIQUES D'UN CONTRÔLE PARTIELLEMENT HIÉRARCHIQUE	254
I. Objections au système proposé	254
a) Le contrôle à l'intérieur du droit, n'offrant pas de sécurité, offre peu d'intérêt	254
b) La doctrine de l'illégalité excusable risque de conduire aux pires abus	255
II. Réfutation de chacun de ces points	255
III. Avantages du système	257
a) Le contrôle de l'administration est plus étroit	257
b) Il est plus souple	258
c) Il prépare souvent le progrès de la règle de droit	258
IV. Nécessité que l'élément juridictionnel reste largement prépondérant	259
CHAPITRE II. — APPRÉCIATION THÉORIQUE DU SYSTÈME DÉCRIT	261
I. Objection tirée de la spécialisation du juge. Critique	261
II. Objection constitutionnelle : l'autorité hiérarchique ne peut exister qu'assortie de la responsabilité. Réfutation	262
III. Avantage du système décrit pour la justification théorique de la justice administrative	263
IV. Avantage au point de vue du principe de la séparation des pouvoirs	266
BIBLIOGRAPHIE	269

